Gesetzes-Wort und Rechtes-Macht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. Westf.

Vorgelegt von
Rechtsanwalt Hermann Schmidt-Sodingen
aus Herne i. Westf.

Druckjahr: 1930

Referent Herr Dr. Krückmann.
Korreferent Herr Prof. Dr. His.

Meinem Vater
zugeeignet

Die bindende Kraft der Gesetzesworte und die lebende Macht des Rechtsgedankens

Die Welt ist Wille.
Schopenhauer.

Der Welt melden
Weise nichts mehr.
Wagner (Götterdäm. Vorsp.)

Gedruckt in der Buchdruckerei Karl Neef, Wittingen, Bahnhofstr. 25

Einleitung

Im Folgenden soll der Versuch gemacht werden, die bindende Kraft des Gesetzes und die selbständigen Befugnisse des Richters von einander abzugrenzen.

Der Gesetzesbegriff hatte im vergangenen Jahrhundert durch die wissenschaftliche Ausgestaltung des Rechtes und durch die schematische Uebertreibung der Gewaltenteilungslehre eine übermäßige Macht erlangt; er galt als die alleinige Quelle des Rechts. Die Entwertung des Geldes aber machte es offensichtlich, daß zur jeweiligen Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Rechtszustandes ein festliegendes System starrer Gesetzesworte nicht ausreicht. Die Rechtsprechung mußte die Gesetze den veränderten Verhältnissen anpassen und fortbilden. Die dabei entwickelten Grundsätze wurden dann auch von der Gesetzgebung aufgegriffen und geordnet. Durch das Erlebnis der Geldentwertung ist aber die unbedingte alleinige Herrschaft der Gesetzesbegriffe erschüttert worden, und es ist dadurch die Abgrenzung von Gesetzesbindung und Richterfreiheit wieder zu einer offenen Frage geworden. Deren Prüfung bildet den Gegenstand dieser Arbeit. Sie gibt einerseits eine grundsätzliche Untersuchung des Wesens des Rechts, die sich auf die praktische Bedeutung des Rechts als eines Teiles der tatsächlichen Lebensordnung stützt (B. I), ferner eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Gesetzesrechts, die von der ursprünglichen Einheit von Recht und Leben, der unmittelbaren Rechtsverwirklichung und Rechtsschöpfung der Volksgerichte ausgeht und die wissenschaftlich-begriffliche Fassung und Verselbständigung des Gesetzesrechts als eine sehr späte und sehr zweischneidige Kulturerscheinung erkennen läßt (B. II).

Daß die theoretische Untersuchung in den Rahmen eines praktischen Falles gespannt ist, entspricht dem Grundgedanken dieser Abhandlung, der dahin geht, daß die Verwirklichung der tatsächlichen Aufgaben und Zwecke des kulturellen und wirtschaftlichen Lebens den Inhalt des Rechts bildet und daß daher alle theoretischen Erörterungen für das Recht nur insoweit Wert haben, als sie für die Lösung tatsächlicher praktischer Aufgaben von Bedeutung sind. Der praktische Beispielsfall führt einerseits in die Fragestellung ein (A) und er-

möglicht andererseits, das Ergebnis der theoretischen Untersuchung in seiner tatsächlichen Auswirkung nachzuprüfen (C). Er behandelt die Frage, inwieweit eine rückwärtige Aufwertung der frei aufzuwertenden persönlichen Forderungen des § 10 Aufw.=G. bei der jetzigen Entwicklung der „allgemeinen Vorschriften" von Treu und Glauben, zu denen nach § 10, Abs. 2 auch der § 63 Aufw.=G. gehört, möglich ist.

Welche Bedeutung dem § 63, der die starren prozentualen und zeitlichen Aufwertungsbeschränkungen nur bei Vermögensanlagen zuläßt, für die freie Aufwertung des § 10 zukommt, ist von der Rechtsprechung noch nicht ausdrücklich und grundsätzlich geprüft worden. Es mag dabei mitgespielt haben, daß die Lösung dieses Rechtsproblems nicht von unmittelbarer Dringlichkeit ist, da die Forderungen des § 10 erst im Jahre 1932 (bezw. 1935, Ges. vom 18. VII. 1930) fällig werden. Jene Rechtsfrage, „welche materielle Bedeutung der § 63 für den § 10 haben möge", ist in der Entscheidung des Kammergerichts vom 19. April 1928 (Rechtspr. in Aufw. 1928, S. 357) gestreift, aber offengelassen worden (s. unten S. 11; vgl. dazu ferner Aufw.=Prax. v. 15. Dez. 1928, S. 356). Die Vorfrage, inwieweit überhaupt Aufwertungsansprüche bis in die Zeit vor dem 15. Juni 1922 zurückverfolgt werden können, ist erst im Jahre 1927 (vgl. RG. vom 9. Dez. 1927, Bd. 119, S. 236) in der Weise klargestellt worden, daß die gewöhnlichen Warenumsatzgeschäfte nicht wieder aufgerollt werden sollen, daß aber einmalige Geschäfte größeren Umfangs, z. B. Veräußerungen eines ganzen Unternehmens, nachzuprüfen seien und daß dabei auch die vor dem 15. Juni 1922 erfolgten Zahlungen einer Prüfung, inwieweit sie als vollwertige Vertragsleistungen anzusehen seien, unterworfen werden könnten.

Aus dieser verspäteten Klarstellung der Rechtslage und der besonderen Wichtigkeit jener Geschäfte hat das Reichsgericht ferner mit Recht gefolgert, daß die bisherige Nichtgeltendmachung des Anspruchs nicht zur Verwirkung des Rechts geführt habe, daß die inzwischen eingetretenen tatsächlichen Veränderungen vielmehr nur bei der Höhe der Aufwertung im Rahmen des § 242 BGB. zu berücksichtigen seien (RG. vom 28. Sept. 1928, JW. 1928, S. 3041, Nr. 11; Entsch. vom 25. Nov. 1929, VIII. 343/29). Insbesondere gilt dies von den in den §§ 10, 63 genannten Sachwertansprüchen aus Beteiligungsverhältnissen, Erbauseinandersetzungen, Gutsüberlassungen, Grundstücksverkäufen usw. (RG. 114, 404; JW. 1928, S. 158; JW. 1929, S. 1954). In diesen Fällen hat der Gläubiger sein ganzes oder doch sein wesentliches Vermögen an den Schuldner übertragen; der Schuldner

ist im Besitz der von der Entwertung des Geldes nicht betroffenen Sachwerte, und es ist daher mit Recht bestimmt worden, daß in diesen Fällen ein gleichwertiges Entgelt zu leisten sei. Dieser Gedanke der „Aequivalenz", d. h. der freien Aufwertung, bildete sich zunächst nur an der Frage der Aufwertungs h ö h e heraus. Erst nach der Erlassung des Aufwertungsgesetzes ist auch eine z e i t l i c h e Vorzugsstellung der freien Aufwertung (in dem durch die oben angeführte Entscheidung vom 9. September 1927 festgelegten Umfange) herausgearbeitet worden, und zwar nicht etwa als Begründung neuer, sondern nur als Wiederanerkennung bestehender Rechte, als „Läuterung" der allgemeinen Auffassung von Treu und Glauben.

Durch diese Rechtsentwicklung ist die Frage entstanden: Ist die zufällige, aus der 3. St.-Not.-V. übernommene Wortfassung des § 10, die eine zeitliche Sonderstellung der freien Aufwertung noch gar nicht zum Ausdruck bringen konnte, stärker als der inhaltlich klare, durch den Grundsatz des gleichwertigen Entgelts bestimmte Rechtsgedanke der freien Aufwertung selbst. Ist es möglich und zulässig, daß die in der Rechtssprechung erfolgte Fortentwicklung des Rechtsinhalts an einer abweichenden, erklärlichen Wortfassung, die derselbe Rechtsgedanke im § 10 gefunden hat, scheitert? Ist der äußere, zeitbedingte Gesetzesbegriff stärker als der inhaltlich klare, begründete Rechtsgedanke?

Aus der Regelung und Begründung des Aufwertungsgesetzes geht klar hervor, daß die persönlichen Sachwertansprüche ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Hypothek, also sowohl im § 10 wie im § 63, frei aufgewertet werden sollten. Den Gedanken der freien Aufwertung in seiner endgültigen Entwicklung in dem einen Falle (§ 10) nicht anzuwenden, bedeutet also eine reine Willkür. Der Gläubiger verlöre sein Vermögen in diesem Falle nicht durch die Geldentwertung, die den wertbeständigen Vertragsgegenstand nicht vernichtet hat. Er verlöre es auch nicht durch das Gesetz, das die Besonderheit dieser Art von Ansprüchen ausdrücklich berücksichtigt. Er würde um Eigen und Erbe gebracht durch ein mechanisches, starres Wortsystem, das in maschinenmäßiger Buchstabenanwendung zu Gegensätzlichkeiten und rechtsvernichtenden Widersprüchen führt, die von keinem Gesetzgeber voraus geahnt und gewollt waren.

Eine derartige „Anwendung" des Gesetzes, die den Rechtsgedanken in seiner eigenen Wortfassung erhängt, ist rechtswidrige Willkür, die auch durch einen Hinweis auf die Buchstaben des Gesetzes nicht gerechtfertigt werden kann. Denn das Recht ist nicht ein starres, mechanisches System toter Begriffe und Worte, sondern ein lebender

Organismus geistiger Kräfte. Wie die Grenze des Rechts durch die Willkür (als ein launisch-wahlloses Wollen) gekennzeichnet wird, so ist auch der Inhalt des Rechts ein Wollen und Sollen, und zwar ein Wählen und Wägen von Willensinhalten, eine Summe von Lebenswerten und -wertungen. Der einzelne Rechtsgedanke ist nur ein Abbild jener tatsächlichen Lebensordnung, durch deren Entwicklung er bestimmt wird. Gesetz und Richter können diesen durch seine tatsächlichen Zwecke und Auswirkungen festgelegten Rechtsgedanken nach allgemeinen Gesichtspunkten formen und anwenden, sie können ihn aber nicht wahllos verneinen und beschränken. Es ist nicht möglich, einen Rechtsgedanken grundlos nur auf einen willkürlich bestimmten Teil einer Anspruchsart anzuwenden und auf den andern Teil derselben Anspruchsart nicht anzuwenden. Es steht dem Richter nicht frei, die spätere Ausgestaltung und „Läuterung" des Gedankens der freien Aufwertung nur im § 63, nicht aber in den gleichen Fällen des § 10 zu berücksichtigen, wie auch der Gesetzgeber eine derartige Gegensätzlichkeit nicht willkürlich hätte begründen können. Der lebende Rechtsgedanke ist stärker als jede Willkür und jede Buchstabengeltung. Auch Gesetzgebung und Rechtsprechung müssen sich vor ihm beugen; denn er verkörpert die Sicherheit des Rechtsbesitzes, die im Rechtsstaat verfassungsrechtlich gewährleistet ist.

Es ist Anlaß, Inhalt und Ergebnis dieser Arbeit: daß das Recht als Abbild der tatsächlichen sozialen Bestrebungen selbst ein organisches, lebendes Kräftesystem darstellt, dessen Inhalt durch die Entwicklung der allgemeinen Verhältnisse und Anschauungen unmittelbar mit fortgebildet wird, das daher nur durch die urteilende, wertende Tätigkeit des freiverantwortlichen Richters und nicht durch starre Begriffe und mechanische Begriffskonstruktionen aufrecht erhalten werden kann.

Durch diese Einstellung soll nicht etwa der begriffliche Aufbau der Rechtsordnung angegriffen und verwischt werden, sondern es soll durch sie nur angestrebt werden, daß das Recht (statt als ein totes System starrer Begriffe) als eine lebende Ordnung sich entwickelnder, geistiger Kräfte aufgefaßt und behandelt wird.

*

Inhaltsübersicht

*

A. Die freie Aufwertung der Sachwertforderungen (§§ 10, 63) und die Rückwirkungsvorschrift des § 15 Aufw.Ges.

Behauptungssatz:

Die freie Aufwertung nach den „allgemeinen Vorschriften" wird auch im Falle des § 10 AufwGes. durch den Stichtag des § 15 (15. Juni 1922) nur dann eingeschränkt, wenn die Forderungen Vermögensanlagen geworden sind (§ 10 Abs. 2, § 63).

Die persönlichen Forderungen aus Gesellschafts- und Beteiligungsverhältnissen, Gutsüberlassungen, Erbauseinandersetzungen, Grundstücksverkäufen usw. (Sachwertforderungen) werden nach den allgemeinen Vorschriften von Treu und Glauben frei aufgewertet, mögen sie hypothekarisch gesichert (§ 10) oder ungesichert (§§ 62, 63) sein. Im Falle der hypothekarischen Sicherung (§ 10) soll aber eine Aufwertung der vor dem 15. Juni 1922 erfolgten Zahlungen nicht möglich sein *), während in den gleichen Fällen des § 63 bis in die Jahre 1921 und 1920 zurück aufgewertet wird.

Entspricht diese Auffassung den Grundgedanken des Aufwertungsrechtes? Entspricht sie der Entstehungsgeschichte, dem Sinn und Wortlaut der §§ 10, 15, 63 AufwGes. und den dazu von der Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätzen?

I. Grundgedanken des Aufwertungsrechts.

Das Aufwertungsgesetz unterscheidet eine an starre Schranken gebundene Durchschnittsaufwertung (=Abwertung) und eine nach den allgemeinen Vorschriften von Treu und Glauben, d. h. § 242 BGB. zu bestimmende freie Aufwertung (=Umwertung).

Die erstere gilt für die Forderungen, die aus der Hingabe von Geld entstanden sind (Vermögensanlagen), und trägt der Tatsache Rechnung, daß dieses vom Gläubiger hingegebene Geld auch beim

*) So: Reichsgericht (V. Sen. 374/27, in Bd. 118, S. 345), allerdings ohne §§ 10, Abs. II, 63 zu berücksichtigen.

Schuldner entwertet ist. Sie verteilt also einen tatsächlichen eingetretenen Wertverlust auf den Gläubiger und Schuldner.

Demgegenüber beruht die in den Sonderfällen der §§ 10, 63 eintretende freie Umwertung gerade darauf, daß eine wertbeständige Leistung, die von der Entwertung des Geldes nicht betroffen ist, vom Gläubiger an den Schuldner gelangt ist und daß dem Gläubiger daher sein Anteil an diesen vorhandenen Sachwerten erhalten bleiben soll. Der neu aufgenommene Gesellschafter soll den alten Eigentümer und Gründer eines großen Werkes nicht mit einem Wochenverdienst abfinden und aus seiner Mitberechtigung verdrängen, der Erbe den Miterben nicht mit einem Papierschein aus der vorhandenen Erbschaft abfinden können. Der Gutsübernehmer oder Grundstückskäufer soll den bisherigen Eigentümer des Gutes nicht mit dem Ertrage eines Obstbaumes abspeisen können. Denn das Gut ist durch die Entwertung des Geldes nicht entwertet. Durch eine in den Jahren 1921 oder Anfang 1922 geleistete, 50fach entwertete Zahlung des Grundstückskaufpreises wurden die für das Grundstück aufgewendeten Barbeträge (Straßenbaukosten usw.) kaum gedeckt. Den Grund und Boden selbst würde sich der Käufer also ohne einen Pfennig Entgelt aneignen können, wenn jene Zahlungen als vollwertige Vertragsleistung angesehen würden.

Für diese Fälle ist daher eine freie Umwertung nach den allgemeinen Vorschriften von Treu und Glauben aufrecht erhalten, die nach den Grundsätzen der Aequivalenz im wesentlichen dadurch bestimmt wird, inwieweit sich der Schuldner den Vertragsgegenstand (und sein übriges Vermögen) bewahrt hat. Eine starre, an einen Stichtag gebundene Abwertung dieser Ansprüche widerspricht demnach der grundsätzlichen Unterscheidung des Aufwertungsgesetzes, das in den §§ 10, 63 für diese Art von Ansprüchen eine freie, auf die Umstände des Einzelfalles abgestellte Aufwertung ausdrücklich angeordnet hat.

Die herrschende Auffassung, daß jene starre Aufwertungsbeschränkung, d. h. der Stichtag des 15. Juni 1922, nur im Falle der Bestellung einer Hypothek (§ 10) eingreife, daß also die hypothekarische Sicherung den Untergang der persönlichen Forderung bewirke, widerspricht der weiteren grundsätzlichen Einstellung des Gesetzes, daß die Aufwertung der persönlichen Forderung von derjenigen des dinglichen Rechts unabhängig sei. Das Aufwertungsgesetz führt die starren Aufwertungsschranken wohl für sämtliche dinglichen Hypothekenansprüche ein, um die dingliche Belastung der Grundstücke zur Erhaltung des Grundstückskredits baldigst klar zu stellen. Diese

Gesichtspunkte haben aber für die persönlichen Verpflichtungen zweier Vertragsparteien keine Bedeutung. Das Aufwertungsgesetz trennt daher die Aufwertung des dinglichen Hypothekenrechts (§§ 4 bis 8) von derjenigen der persönlichen Forderung (§§ 9—13). Es macht wohl die Aufwertung des dinglichen Rechts von dem Bestehen einer persönlichen Forderung abhängig, wie dies nach dem Wesen der Hypothek notwendig ist (§§ 4, 14). Es läßt aber nicht umgekehrt die persönliche Forderung von der Aufwertung des dinglichen Anspruchs abhängig sein, sondern gestattet eine von der Aufwertung des dinglichen Rechts abweichende Aufwertung der persönlichen Forderung. Die Trennung der beiden Anspruchsarten wird in der Novelle von 1927 sogar soweit durchgeführt, daß die Aufwertungshypothek die Stellung einer Grundschuld erhalten soll. Da die Grundschulden, im Gegensatz zur Hypothek, nicht mit dem Bestand der persönlichen Forderung verbunden sind (§ 1192 BGB.), so ist also der Zusammenhang zwischen dinglicher und persönlicher Hypothekenforderung für die Aufwertung völlig aufgehoben.

Es widerspricht daher dem Aufbau des Gesetzes, wenn die freie Aufwertung der gleichen Forderungen des § 10 und des § 63 nur im Falle der Bestellung einer Hypothek (§ 10) durch die starre zeitliche Grenze des 15. Juni 1922 eingeschränkt werden sollte. Gerade durch die hypothekarische Sicherung tritt der Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung, auf dem die freie Aufwertbarkeit jener Forderung beruht, um so klarer in die Erscheinung, wie das Kammergericht in der Entscheidung vom 5. Mai 1927, AW. 1544/26 (Mügel S. 265) mit Recht hervorhebt.

Die Auffassung, daß die freie Aufwertung der persönlichen Sachwertforderungen aus Beteiligungen, Gutsüberlassungen usw. durch die starre Grenze des 15. Juni 1922 beschränkt werde und daß dies nur im Falle der Bestellung einer Hypothek eintrete, widerspricht demnach den grundlegenden Gedankengängen des Aufwertungsrechts, d. h. der Unterscheidung von Sachwertansprüchen und Vermögensanlagen und der Unabhängigkeit des persönlichen Anspruchs von der dinglichen Aufwertung.

II. Jene Auffassung widerspricht aber auch der Entstehungsgeschichte, dem Sinn und dem Wortlaut der §§ 10, 63, 15 des AufwGes.

Durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. November 1923 (RG. 107, S. 78) war die Mark gleich Mark-Theorie aufgegeben und bestimmt worden, daß bestehende Friedensmarkschulden nicht mehr durch den gleichen Papiermarkbetrag getilgt werden könnten, sondern

unter Berücksichtigung aller Umstände nach den allgemeinen Vorschriften von Treu und Glauben aufzuwerten seien. Diese freie, auf den Einzelfall abgestellte Aufwertung wurde in § 3 der 3. StNotVO. für alle persönlichen Hypothekenforderungen aufrecht erhalten. Durch Art. 7 der 1. DurchfVO. wurde sie aber auf die persönlichen Hypothekenforderungen aus Beteiligungen, Gutsüberlassungen usw., die jetzt im § 10 genannt sind, beschränkt. Die Rechtsprechung erklärte den Art. 7 DurchfVO. für ungültig, da die darin getroffene materiellrechtliche Beschränkung über den Rahmen einer Durchführungsbestimmung hinausgehe. (RG. vom 13. Nov. 24; JW. 1924, S. 2001). Durch die Notverordnung des Reichspräsidenten vom 4. Dezember 1924 wurde der Art. 7 wieder in Kraft gesetzt. Auf diesen bestehenden Rechtszustand geht § 10 AufwGes. zurück. Der § 10 schuf also nicht neues Recht. Er bestimmt nicht zum ersten Male die freie, auf den Einzelfall abgestellte Umwertung der dort genannten Forderungen, sondern gibt in einem zusammenfassenden Satz nur den damaligen Rechtszustand wieder, der auf folgenden Rechtssätzen beruht: Die persönlichen Hypothekenforderungen werden — ohne Bindung an die dingliche Normalaufwertung — nach den „allgemeinen Vorschriften“ frei aufgewertet (= § 3 der 3. StNotVO.), *sofern es sich um Forderungen aus Beteiligungen, Gutsüberlassungen* usw. handelt (= Art. 7 DurchfVO.). In dieser Weise ist auch § 10 AufwGes. zu lesen! Denn an diesem Rechtszustand sollte durch § 10 nichts geändert werden. Aus den Gesetzesgrundlagen geht vielmehr klar hervor, daß die Sonderstellung der Forderungen des § 10 gewahrt bleiben sollte, daß auch hier eine Ausnahme von der für die reinen Geldansprüche getroffenen Durchschnittsaufwertung gemacht und eine freie Umwertung eingeführt werden sollte, wie sie für die gleichen ungesicherten Forderungen des § 63 bestimmt wurde.

So wird in der Regierungsvorlage des Aufwertungsgesetzes (S. 12) erklärt: Die im Art. 7 DurchfVO. genannten Ansprüche seien in das Verzeichnis des § 63 AufwGes. über die Ansprüche, die nicht Vermögensanlagen sind, aufgenommen worden; **auf diese Regelung sei dann im § 10 Bezug genommen. Daraus folge, daß Ansprüche, die nach § 63 nicht Vermögensanlagen seien, auch dann nach den allgemeinen Vorschriften frei aufgewertet würden, wenn sie hypothekarisch gesichert seien.** Die freie Aufwertung der Forderungen der §§ 10, 63 **beruhe auf der Hingabe von Sachwerten.** Es würde mit Recht als unverständlich empfunden worden sein, wenn nur die ungesicherten, nicht aber die hypothekarisch gesicherten Kaufgeldforderungen nach den Grundsätzen der Aequivalenz frei aufzuwerten gewesen wären.

Ebenso wird in der Denkschrift des Finanzministeriums (S. 36, 37) zur Aufwertung der Forderungen der §§ 10, 63 gesagt: es habe sich nur darum handeln können, **die Fälle aufzuzählen**, in denen eine bevorzugte Aufwertung möglich sei und **diese Möglichkeit auch dann** zu erhalten, **wenn der Anspruch hypothekarisch gesichert** sei.

Nach dem Gutachten des Reichswirtschaftsrates (Drucksachen des Reichstages Nr. 851) sollten die starren Aufwertungsschranken nur dann gelten, wenn die Absicht der Parteien dahin ging, **die Kaufpreisforderung als Vermögensanlage** für den Käufer anzusehen; und diese Absicht sollte für die **vor dem** Jahre 1912 (1908) entstandenen Forderungen anzunehmen sein.

Ebenso wird in dem Bericht des Aufwertungsausschusses (S. 9) (Drucksachen des RT. Nr. 1125) ausgesprochen, daß **die vor** 1908 **bezw.** 1912 entstandenen Kaufgeldforderungen (und nur diese!) **den Darlehen gleichzustellen** seien.

Auf eine Anfrage des Reichstages erklärte der Staatssekretär Joel in der Sitzung vom 11. Juli 1925 (Drucks. S. 3030): Unter den Voraussetzungen des § 10 finde eine **„nicht begrenzte Aufwertung der persönlichen Forderung“** statt.

Aus alledem geht hervor, daß die persönlichen Hypothekenforderungen des § 10 durch den Hinweis des § 10 auf die allgemeinen Vorschriften und auf die §§ 63—66 den in § 63 genannten Forderungen gleichgestellt werden sollten, daß ihre Aufwertung nur insoweit eingeschränkt werden sollte, als sie Vermögensanlagen geworden seien, daß sie in diesem Falle den Darlehen gleichzustellen seien, im übrigen aber nach den allgemeinen Vorschriften ohne Bindung an starre Grenzen aufgewertet werden sollten.

Hiermit stimmen auch die für die Aufwertung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen des Reiches aufgestellten Grundsätze überein (vgl. kommiss. Bespr. v. 7. Mai 1925 u. d. Vors. des Reichsfinanzmin.). Danach ist eine Aufwertung grundsätzlich für alle Zahlungen, die ohne Widerspruch angenommen und vor dem 1. Oktober 1922 (jetzt 15. Juni 1922) erfolgt sind, abzulehnen. Nur ausnahmsweise könne (darüber hinaus!) eine Aufwertung Platz greifen, wenn das Reich als Vertragsschuldner durch die Gegenleistung des Gläubigers Vermögensvorteile erlangt habe, die es zur Zeit der Aufwertung noch besitze. Wenn dieser erlangte Wert zu der unaufgewerteten Papiermarkschuld im offenbaren Mißverhältnis stehen würde, so könne eine angemessene Aufwertung eintreten. Auch hier wird also erklärt, daß der Schuldner das Entgelt einer erlangten wertbeständigen Leistung nach den allgemeinen Vorschriften ange-

messen aufwerten müsse und daß diese Aufwertung eine **Ausnahme** von der grundsätzlichen, an einen Vorbehalt und Stichtag gebundenen Regelung darstelle.

Daß die Verweisung des § 10 Abs. II auf den § 63 die Bedeutung hat, die in § 10 grundsätzlich eintretende freie Aufwertung nur insoweit auszuschließen, als die dort genannten Forderungen im Einzelfall ausnahmsweise zu Vermögensanlagen geworden waren, geht auch aus folgendem hervor: Nach einer früheren Fassung des Gesetzes sollte die freie Aufwertung der in § 10, Ziff. 6 genannten Forderungen ausgeschlossen sein, wenn die Forderungen „im Einzelfall Vermögensanlagen darstellten". Diese Einschränkung ist in das Aufwertungsgesetz als überflüssig nicht aufgenommen worden, da sie schon durch die Verweisung auf den § 63 ausgesprochen werde.

Aus diesen und vielen anderen in den Gesetzesmaterialien enthaltenen Erklärungen geht immer wieder hervor, daß die Sachwertforderungen aus Beteiligungen, Gutsüberlassungen usw. ohne Rücksicht darauf, ob sie hypothekarisch gesichert sind oder nicht, nach den allgemeinen Vorschriften frei aufzuwerten seien und daß in diesen Sonderfällen eine starre Abwertung nur insoweit eintrete, als die Ansprüche zu Vermögensanlagen umgewandelt worden seien.

In diesem Sinne also verweist § 10 Abs. 1 auf die „allgemeinen Vorschriften", und deswegen verweist § 10 Abs. 2 auf die Regelung der §§ 63–66! Diese Ausnahmestellung der persönlichen Sachwertforderungen und ihre Unabhängigkeit von der dinglichen Aufwertung wird in § 10 mit den Worten ausgesprochen: „Eine höhere oder geringere Aufwertung der persönlichen Forderung **nach den allgemeinen Vorschriften** unter Abweichung vom Normalsatz (gleich § 3 der 3. StNotVO.!) ist nur zulässig, **wenn es** sich um Forderungen aus **Beteiligungen, Gutsüberlassungen** usw. handelt. (= Art. 7 DurchfVO.!). Als allgemeine Vorschriften im Sinne dieser Bestimmungen gelten auch die Vorschriften der §§ 63—66".

Daß die Bedeutung dieser Bestimmungen in der Aufrechterhaltung der allgemeinen Vorschriften und nicht etwa nur in der Einführung eines höheren Aufwertungssatzes liegt, geht auch daraus hervor, daß gar nicht ein bestimmter höherer Aufwertungssatz eingeführt, sondern nur eine „höhere **oder geringere**! Aufwertung **nach den allgemeinen Vorschriften" aufrecht erhalten** wird. Die Geltung der allgemeinen Vorschriften bildete den bestehenden Rechtszustand und daher die selbstverständliche Voraussetzung des § 10; nur die Fortgeltung der allgemeinen Vorschriften wird im § 10 mit den der da-

maligen Entwicklung des Rechtsgedankens entsprechenden Worten erklärt: Die freie „Aufwertung nach den allgemeinen Vorschriften" bildet die Besonderheit der Forderungen des § 10. Auf diesen Worten liegt der Schwerpunkt der Bestimmung. In § 10 (ebenso wie in den §§ 62/63) wird der in seinen wirtschaftlichen Gründen und Zwecken und damit in seinem Inhalt klare Rechtsgedanke zum Ausdruck gebracht, daß die auf wertbeständigen Sachleistungen beruhenden Ansprüche frei aufzuwerten seien.

Die Betonung der besonderen Aufwertungs h ö h e ist nur das der damaligen Rechtsentwicklung entsprechende, zufällige, aus der 3. Steuernotverordnung übernommene Mittel, um jenen allgemeinen Rechtsgedanken auszudrücken. Durch einen Hinweis auf eine weitergehende rückwärtige Aufwertung konnte dieser Rechtsgedanke nicht in gleicher Weise zum Ausdruck gebracht werden, da eine zeitliche Vorzugsstellung der freien Aufwertung damals von der Rechtsprechung noch garnicht herausgebildet war. Denn eine Aufwertung wurde von der Rechtsprechung damals allgemein nur bis zum 15. August 1922 zurück zugelassen. Da diese Grenze durch § 15 des AufwGes. bis zum 15. Juni 1922 zurückverlegt wurde, war es nicht möglich, eine Sonderstellung der freien Aufwertung in zeitlicher Hinsicht besonders zum Ausdruck zu bringen. Erst als die Rechtsprechung in den Sonderfällen der freien Aufwertung über den Zeitpunkt des § 15 hinausging und eine Aufwertung auch der in den Jahren 1921 und 1920 erfolgten Zahlungen zuließ (RG. 114, 399), konnte d i e F r a g e e n t s t e h e n , inwieweit der Stichtag des § 15 die freie Aufwertung einschränke. Erst dadurch ist die Aufgabe entstanden, die für die freie Aufwertung maßgebenden allgemeinen Vorschriften, die eine über den 15. Juni 1922 zurückreichende Aufwertung zulassen, von dem Geltungsbereich des § 15 abzugrenzen.

Dabei ist zu beachten, daß der § 15 im Rahmen der für die regelmäßige Aufwertung geltenden Bestimmungen getroffen ist. Für diese bildet er als gesetzliche Rückwirkungsvorschrift eine Grundlage der Aufwertung. In den Sonderfällen der freien Aufwertung (§§ 10, 62 ff.) aber gelten grundsätzlich die „allgemeinen Vorschriften", die eine starre Begrenzung nicht aufweisen; aus ihnen leitet sich hier die Aufwertung her; der § 15 kann daher in diesen Fällen nicht als Grundlage, sondern nur als Begrenzung der Aufwertung in Betracht kommen.

Dieser Unterschied in der Bedeutung, die dem § 15 für die regelmäßige und für die freie Aufwertung zukommt, spiegelt sich auch in der Ausdrucksweise der §§ 15 und 63 wieder. Denn der § 15

bestimmt: für die nach dem 15. Juni 1922 angenommenen Zahlungen finde eine Aufwertung statt. (Rückwirkung). Der § 63 aber ordnet an: Die freie Aufwertung dürfe 25% und den durch die §§ 14, 15, 17—19 bestimmten Grad der Aufwertung nicht überschreiten, wenn die Sachwertansprüche den Charakter von Vermögensanlagen angenommen hätten. Der § 15 stellt also für die regelmäßige Aufwertung eine gesetzliche Rückwirkungsvorschrift zur Erleichterung der Aufwertung dar. Er bildet aber für die weitergehende freie Aufwertung nur eine Begrenzung, eine zeitliche Beschränkung der allgemeinen Vorschriften, die jedoch nur bei den in Vermögensanlagen umgewandelten Ansprüchen eintritt (§§ 63 Abs. 1, 10 Abs. 2). Ebenso gelten die beschränkenden Vorschriften des § 18 ausdrücklich nur für die „auf Grund des Vorbehalts der Rechte oder kraft Rückwirkung stattfindende Aufwertung", und § 19 besagt, daß diese grundsätzliche Regelung nicht unter Berufung auf die allgemeinen Bestimmungen des BGB. (§§ 119, 812, 242) umgangen werden könne. Diese Beschränkungen kommen aber in den Sonderfällen der freien Aufwertung, in denen gerade die allgemeinen Vorschriften (insbes. § 242 BGB.) die Grundlage der Aufwertung bilden, nur bei Vermögensanlagen als Höchstgrenzen zur Anwendung (§ 63 Abs. 1). Und zwar gilt dies sowohl im § 10 wie im § 63. Denn § 10 Abs. 2 nimmt auf die Regelung Bezug, die die freie Aufwertung in den §§ 63—66 im Einzelnen gefunden hat.

Da die in § 10 genannten Sachwertforderungen nach § 63 Abs. 2, 3 zugleich regelmäßig keine Vermögensanlagen sind, so finden die in § 63 Abs. 1 nur für Vermögensanlagen bestimmten Aufwertungshöchstgrenzen grundsätzlich keine Anwendung. Nur soweit jene Forderungen im Einzelfall durch das Gesetz (z. B. § 10, Z. 5) oder durch besondere Parteiabrede von ihrem Entstehungsgrund losgelöst und in Vermögensanlagen umgewandelt sind, treten nach § 10 Abs. 2, § 63 Abs. 1 die starren Aufwertungsbeschränkungen (25%; 15. Juni 1922) ein; denn nur insoweit sind hier die Vorschriften der §§ 14, 15, 17—19 neben den allgemeinen Vorschriften für anwendbar erklärt.

Die Bestimmungen des § 10 und des § 63 stehen demnach miteinander in Verbindung. Die in § 10 Abs. I enthaltene Aufzählung der Fälle der freien Aufwertung entspricht den in § 63 Abs. 2 und 3 gegebenen Vorschriften. Die Ziffern 1—4 des § 10 stimmen mit den Ziffern 1—4 des § 63 Abs. 2 inhaltlich genau überein (in einer früheren Fassung des Gesetzes war daher nur auf § 63, Ziff. 1—4 Be-

zug genommen). Die Ziff. 5 des § 10 entspricht dem Abs. 3 des § 63. Jedoch wird die allgemeinere Bestimmung des Abs. 3 des § 63, daß die Ansprüche aus (allen!) gegenseitigen Verträgen keine Vermögensanlage seien, durch die Sonderregelung der Ziff. 5 des § 10 dahin genauer gefaßt und eingeschränkt, daß nur die seit 1908 entstandenen Kaufgeldforderungen nicht als Vermögensanlagen anzusehen seien, diese aber selbst dann nicht, wenn sie bei der Bestellung in ein Darlehn umgewandelt wurden, also Vermögensanlagen geworden zu sein schienen. *) Ziff. 5 des § 10 ist also nur eine Sonderbestimmung zum § 63 Abs. 3, d. h. eine gesetzliche Auslegung des Begriffes der Vermögensanlage für den Fall des Bestehens einer Kaufgeldhypothek. Der § 10 ergänzt also den § 63, wie er auch ausdrücklich auf ihn verweist. Er steht nicht im Gegensatz zu ihm und begründet nicht etwa eine andersartige Aufwertung. Es ist daher nicht zu begründen, wenn die gleichen Forderungen des § 10 und des § 63 hinsichtlich der Aufwertungsvoraussetzungen des Hauptanspruchs verschieden behandelt werden sollten. (Ueber die Sonderregelung einzelner Nebenpunkte siehe unten S. 11 ff.).

Wegen der bewußten und gewollten Gleichstellung der gleichen Forderungen des § 10 und des § 63 müßten vielmehr die für § 63 herausgebildeten Grundsätze auf den § 10 entsprechend angewendet werden, selbst wenn der § 10 nicht auf § 63 hinwiese; denn da das Aufwertungsgesetz nicht so sorgfältig durchgearbeitet ist wie andere Gesetze, so sind seine Bestimmungen eingehender auf ihren Sinn und Zweck zu prüfen und vom Richter dementsprechend in freierer Weise anzuwenden. (Mügel, AufwKomm. S. 129). Für den umgekehrt gleichen Fall hat z. B. Staatssekretär Joel auf eine Anfrage des Reichstages (Sitzung vom 11. Juli 1925, Drucks. S. 3030) die Erklärung abgegeben: die durch eine Grundschuld gesicherten Forderungen würden nach § 63 aufgewertet. Es sei aber zu erwarten, daß die Richter die Vorschriften der Ziff. 5 des § 10 auch hier entsprechend anwenden und daher eine freie Aufwertung auch dann zulassen würden, wenn die durch eine Grundschuld gesicherte Kaufpreisforderung bei der Bestellung in ein Darlehn umgewandelt wurde. Die Rechtsgedanken des § 10 sollen also — jedenfalls soweit sie keine Aufwertungsbeschrän-

---

*) In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird dazu erklärt: Es sei davon ausgegangen, daß Kaufgelder den Charakter von Vermögensanlagen annähmen, wenn sie längere Jahre (seit 1908 bezw. 1912!) festgelegen hätten.

kungen enthalten — auf den § 63 entsprechend anzuwenden sein, obgleich § 63 auf § 10 nicht Bezug nimmt. Für § 10 muß die Angleichung an den § 63 umsomehr gelten, da § 10 auf § 63 hinweist und ihn zur allgemeinen Vorschrift erklärt.

Die gesetzlichen Bestimmungen stehen demnach in folgenden Beziehungen zueinander:

Der § 19 stellt für den Fall der Bewirkung der Leistung den Grundsatz auf, daß die vorbehaltlose Annahme nicht durch Anfechtung beseitigt werden könne, daß also eine Aufwertung aus den §§ 119, 812, 242 BGB. und ähnlichen allgemeinen Rechtsgründen des geltenden Rechts nicht verlangt werden könne. Diese Bestimmung bildet die gesetzliche Regel. Eine Ausnahme wird schon in Satz 2 desselben § 19 für die Ansprüche aus arglistiger Täuschung bestimmt. Eine weitere Ausnahme ist für die sonderartigen Forderungen der §§ 10, 62 ff. aufgestellt, da für deren Aufwertung gerade auf die allgemeinen Vorschriften, d. h. insbesondere § 242 BGB., hingewiesen wird. Bei der Aufwertung nach diesen allgemeinen Vorschriften kommen die §§ 14, 15, 17—19 als Höchstgrenzen nur insoweit in Betracht, als sie nach den §§ 10 Abs. 2, 63 neben den allgemeinen Vorschriften aufrechterhalten sind; d. h. die in jenen Paragraphen enthaltenen starren Aufwertungsschranken greifen hier nur dann ein, wenn die Forderungen zu Vermögensanlagen geworden sind. Und zwar gilt dies, wie gesagt, wegen der Bezugnahme des § 10 Abs. 2 auf § 63 auch für den § 10.

Die Ausnahmestellung des § 10 wird selbst in den Steuergesetzen anerkannt. Daher kann die angebliche Sonderbelastung des Grundstückseigentümers nicht zur Begründung der Ansicht herangezogen werden, daß die Aufwertung der persönlichen Sachwertforderungen des § 10 zwar der Höhe nach frei, bezüglich der Zeit der rückwärtigen Aufwertung aber durch den 15. Juni 1922 starr begrenzt sei. Denn jene steuerlichen, wirtschaftlichen Gesichtspunkte können nur zur Begründung der Aufwertungsbeschränkungen angeführt werden, die das Aufwertungsgesetz für die Regelfälle der §§ 4 und 9 tatsächlich getroffen hat. In dem Sonderfall des § 10 hat aber das Aufwertungsgesetz selbst gerade eine freie Aufwertung nach den allgemeinen Vorschriften beibehalten, und dieser Ausnahmestellung trägt § 7 a, Ziffer 5 der Preuß. StNotVo. (Ges.Samml. 1924, S. 191) Rechnung, indem er bestimmt, daß die Hauszinssteuer insoweit niedergeschlagen werden könne, als Zinsen für Aufwertungsschulden bezahlt werden, die über 25% hinaus aufzuwerten sind (z. B. bei Kaufgeldhypotheken). Die Hauszinssteuer erfaßt als Grundentschuldungssteuer die durch die

Geldentwertung erlangten Gewinne der Grundstückseigentümer. Sie ermäßigt sich bei erhöhter freier Aufwertung und kann daher nicht umgekehrt gegen eine im Einzelfall höhere Aufwertung geltend gemacht werden. Wenn der nach § 10, Ziff. 5 aufwertungspflichtige Grundstückserwerber in der Annahme, zur Aufwertung nicht verpflichtet zu sein, bisher keine Ermäßigung der Hauszinssteuer erwirkt hat, so zahlte er nur soviel mehr an Steuern, als er Zinsen an den Gläubiger hätte zahlen müssen. Dieser Umstand, der sich auch nur auf wenige Prozente des Sachwertes bezieht, könnte bei der Festsetzung der Aufwertungshöhe beachtet werden; er kann aber nicht gegen die Berechtigung des ganzen Anspruchs geltend gemacht werden.

Durch die §§ 10 Abs. 2, 63 wird klargestellt, in welchem Umfange die §§ 14, 15, 17—19 bei der freien Aufwertung gelten sollen. Inwieweit die übrigen Einzelbestimmungen der Durchschnittsaufwertung im Falle der freien Aufwertung des § 10 anzuwenden sind, muß nach ihrem Inhalt bestimmt werden. Das Kammergericht hat in der Entscheidung vom 19. April 1928 (Rechtsprechung in AufwSachen 1928, S. 357) ausgesprochen, daß „die materielle Bedeutung, die der § 63 für die persönlichen Hypothekenforderungen des § 10 haben möge", die Anwendung der formellen Bestimmungen der §§ 27, 70 nicht ausschließe. Ebenso werden die Zins- und Stundungsbestimmungen (§§ 25 ff.), obgleich sie für die freie Aufwertung keine unmittelbare Bedeutung haben, aus „praktischen, rechnerischen Gründen" auch auf die über den dinglichen Anspruch hinaus aufwertbaren Forderungen angewendet (RG. in JW. 1926, S. 267); denn es würde zu einem unübersehbaren Durcheinander führen, wenn man den Betrag der dinglichen Aufwertung mit beschränktem Zinssatz stunden, den überschießenden Betrag aber mit unbeschränktem Zinssatz und sofortiger Fälligkeit aufwerten wollte.*). Die Zinsbeschränkungen, die den Mietzinsbeschränkungen der Wohnungszwangswirtschaft in etwa entsprachen und die Stundungsvorschriften der §§ 25 ff. sind mit Absicht für sämtliche Hypothekenforderungen aufgestellt worden, und nur bezüglich dieser Nebenpunkte hat das Aufwertungsgesetz für den

---

*) Aus der gleichen Einstellung dürfte sich die Unanwendbarkeit der Anmeldungsvorschrift des § 16 ergeben, die für die über den dinglichen Anspruch hinausgehende Aufwertung auch deshalb keine Bedeutung hat, weil sie nur zur baldigen Klarstellung der dinglichen Belastung und zur Vorbereitung der dinglichen Aufwertung diente. Es ist nicht zulässig, eine formale Ausschlußfrist auf Ansprüche anzuwenden,

§ 10 ein von der Aufwertung des § 63 abweichendes Ergebnis bewußt in Kauf genommen, und nur auf diese absichtlich getroffenen Beschränkungen beziehen sich die Erklärungen des Ausschußberichts (S. 32), daß die Aufwertung der Hypothekenforderungen derjenigen von ungesicherten Forderungen nachstehen könne. Ebenso gibt die dort sich findende Erklärung, daß nur die seit dem 15. Juni 1922 fällig werdenden sächsischen Kohlenabbauraten (als Restkaufpreise) aufzuwerten seien, nur den damals geltenden Rechtszustand wieder. Ueber die Frage, inwieweit die später erfolgende Fortbildung der allgemeinen Vorschriften auf die Fälle der §§ 10 und 62 ff. einwirke, konnte und sollte damals nichts ausgesagt werden. Die in den Gesetzesmaterialien auftauchenden Erklärungen sind natürlich auch, und zwar in besonderem Maße, unter Berücksichtigung der damaligen Verhältnisse und Anschauungen auf ihren eigentlichen Sinn zu prüfen! (Vergl. § 133 BGB.).

Mit einem Hinweis auf die absichtliche, begründete Sonderregelung jener nebensächlichen Punkte kann die Auffassung nicht gerechtfertigt werden, daß auch der Hauptanspruch im Falle des § 10 untergehen könne, obgleich er in den gleichen Fällen des § 63 bestehen bleibt. Denn bezüglich des Hauptanspruchs hat das Aufwertungsgesetz in den §§ 10, 63 ebenso absichtlich eine Ausnahmebehandlung, nämlich die freie Aufwertung, angeordnet. Die allmähliche Ausgestaltung der freien Aufwertung, die auch ihre zeitliche Vorzugsstellung anerkannte, konnte nicht vorausgeahnt werden, und es konnte daher auch nicht die Absicht bestehen, durch den Wortlaut des § 10 die Berücksichtigung jener späteren Entwicklung auszuschließen. Der vernünftige gesetzgeberische Grund des § 10 besteht vielmehr, wie oben S. 3 ff. dargelegt ist, gerade darin, den § 10 dem § 63 anzugleichen, und dieser Gedanke kommt in der Gesetzesbegründung, in der inhaltlichen Uebereinstimmung der beiden Gesetzesvorschriften und in der ausdrücklichen Verweisung des § 10 Abs. II auf § 63 deutlich zum Ausdruck.

---

deren materielle Berechtigung erst nach Ablauf jener Frist von der Rechtsprechung klargestellt wurde, wie die Rechtsprechung in diesen Fällen ja auch eine Verwirkung des Anspruches verneint hat (vgl. oben Einl. S. II). Die Anmeldung ist natürlich meist vorsorglich erfolgt; aber auch, wenn sie im Einzelfall mit Rücksicht auf den damaligen Stand der Rechtsprechung unterblieben ist, so kann dem Gläubiger daraus kein Vorwurf gemacht werden und daher kein Rechtsnachteil entstehen.

III. Grundsätze der Aufwertungsrechtsprechung.

Eine „Unrechtsanalogie", die aus der absichtlichen, begründeten Zinsbeschränkung von wenigen Prozenten die Rechtfertigung für die Vernichtung des ganzen Anspruchs herleitet, stellt keine zulässige Fortbildung des Rechts dar. Bei der Anwendung und Auslegung der Vorschriften des Aufwertungsgesetzes ist vielmehr zu berücksichtigen, daß die Bestimmungen, durch die eine starre Abwertung eingeführt wird, Ausnahmebestimmungen darstellen, die nur in dem durch das Gesetz vorgezeichneten Umfange gelten und darüber hinaus nicht erweiternd angewendet werden können, daß dagegen die in §§ 10, 62 genannten allgemeinen Vorschriften von Treu und Glauben die Grundlage der Rechtsordnung bilden und daher möglichst aufrecht zu erhalten sind. Denn die Geltung der allgemeinen Vorschriften bedeutet auch im § 10 nur soviel, daß der Gläubiger erhält, was ihm unter Berücksichtigung aller Umstände, der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners, der Belastung des Grundstücks usw. zusteht. Dagegen würde eine erweiterte Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 15 dazu führen, daß dem Gläubiger auch diese nach Berücksichtigung aller Umstände begründeten Ansprüche nicht zugesprochen werden könnten. In der Entscheidung RG. 85, 117 erklärt das Reichsgericht bezüglich der Geltung der allgemeinen Vorschriften und der Einzelbestimmungen:

„Das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird durchdrungen von dem Grundsatze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und von dem Grundsatze der Zurückweisung jeder Arglist im weitesten Sinne. Die §§ 157, 226, 242, 826 erscheinen nur als besondere Ausprägungen eines allgemeinen Prinzips. Die §§ 242 und § 394 (die Einzelbestimmung) stehen sich nicht als zwei gleichzwingende und gleichkräftige Rechtssätze gegenüber, in deren Zusammentreffen § 394 als die lex specialis die Oberhand behalten müßte; sondern das allgemeine Prinzip beherrscht alle Einzelbestimmungen und muß gerade in ihnen lebendige Wirkung üben zur Klärung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des vereinzelten Wortlauts. Dem in § 394 verfolgten Zwecke .... darf keine Durchführung und Erfüllung zugestanden werden, die auf dem Irrwege eines unfreien formalistischen Haftens am Wortlaute der Arglist zum Siege verhelfen würde. Darüber will und kann § 394 nichts besagen; das ergibt sich aus dem Grundgedanken des BGB.".

Diese Grundsätze gelten in besonderem Maße gegenüber den Vorschriften des Aufwertungsgesetzes, die Ausnahmebestimmungen darstellen, soweit sie eine starre Abwertung einführen. Daher geht die

ständige Rechtsprechung dahin, die starren Abwertungsbestimmungen nicht erweiternd auszulegen und nicht auf andere Tatbestände entsprechend anzuwenden, dagegen die allgemeinen Vorschriften möglichst aufrecht zu erhalten. (KG.JW. 1926, S. 1466 Nr. 6). Daher werden z. B. im Falle der Abtretung der Forderung (§ 17 AufwG.) wohl die allgemeinen Vorschriften des § 10, nicht aber die starren Aufwertungsbeschränkungen des § 11 auf den Anspruch des ursprünglichen Gläubigers entsprechend angewendet. In den Entscheidungsgründen wird dazu ausgeführt: Es müsse angenommen werden, daß die Forderung auch für den ursprünglichen Gläubiger (Zedenten) ihre Eigenart beibehalte, die sie der freien Aufwertung zugänglich mache. Es bestehe kein Grund, diese dem ursprünglichen Gläubiger zu versagen. Durch solche Versagung würde dem Schuldner ein unverdienter Gewinn zufallen, der seinen Grund in der zufälligen Abtretung hätte. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Inhalt, noch aus der Entstehungsgeschichte des Aufwertungsgesetzes seien hinreichende Gründe für die gegenteilige Meinung zu entnehmen, wie auch Gründe der Billigkeit nicht dafür sprächen. Die Zulassung der freien Aufwertung des § 10 zugunsten des ursprünglichen Gläubigers (§ 17) stelle nur die natürliche Fortentwicklung und Durchführung des gesetzgeberischen Gedankens dar, auf dem das Aufwertungsrecht des Gläubigers beruhe. Die einschränkende Bestimmung des § 11 beziehe sich dagegen nur auf die Rechtstellung des neuen Gläubigers, für den die Forderung nur eine Vermögensanlage darstelle; sie könne auf den nach § 17 (10) begründeten Anspruch des ursprünglichen Gläubigers nicht entsprechend angewendet werden. (OLG. Dresden vom 4. Januar 1927; Ring, 1927, Nr. 91; KG. vom 28. Mai 1926; DJZ. 1926, Sp. 965; RG. vom 14. Juni 28, Bd. 121, S. 219). Ebenso soll wohl die Vorschrift des § 10, Ziff. 5, daß die freie Aufwertung auch für die als Darlehn bezeichneten Kaufpreisforderungen eintrete, auf den § 63 entsprechende Anwendung finden. (Vgl. die oben S. 18 angeführte Erklärung des Staatssekretärs Joel); dagegen kann die beschränkende Bestimmung des § 10 Abs. 3 (nur 75%!) nicht entsprechend angewendet werden, und auch nur zur Aufrechterhaltung der allgemeinen Vorschriften gegegenüber den in den §§ 10 Abs. 3, 25 ff. bestimmten Aufwertungsbeschränkungen verweist das Reichsgericht auf die oben (S. 12) angeführte Stelle des Ausschußberichtes (RG. 30. Nov. 1926, in Aufw.-Kart. 1927, Heft 2, S. 23; RG. v. 2. III. 1927 in Ring 1927 Nr. 157).

Die Rechtsprechung hält ferner den Aufwertungsanspruch eines Hypothekengläubigers gegen den Grundeigentümer auch dann aufrecht, wenn dieser das Grundstück inzwischen veräußert hat. Sie gibt dem Veräußerer einen Ausgleichsanspruch gegen den Erwerber des Grundstücks, gestattet ihm dagegen nicht, gegenüber dem Hypothekengläubiger den Härteeinwand des § 15 Abs. 2 zu erheben, soweit er selbst durch jenen Ausgleichsanspruch schadlos gehalten wird. Dem Aufwertungsrecht des Hypothekengläubigers wird also mit Recht der Vorrang vor dem Abwertungseinwand des § 15 Abs. 2 eingeräumt. Das Reichs- und Kammergericht lassen sich auch durch die verfahrensrechtliche Schwierigkeit, ob erst die Aufwertungsstelle über den Härteeinwand oder erst das Prozeßgericht über den Ausgleichsanspruch entscheiden müsse, nicht von der Durchführung dieses sachlich begründeten Standpunktes abhalten (vgl. JW. 1928, S. 2845), während Heinemann (JW. 1929, S. 322 Nr. 5) kein Bedenken trägt, aus jenen formellen Gründen den materiellen Rechtsanspruch zu verneinen.

In einer neuesten Entscheidung (JW. 1929, S. 1954) hat das Reichsgericht ferner ausgesprochen, daß der gesetzgeberische Grund der freien Aufwertung (die Hingabe eines wertbeständigen Sachwertes) auch auf die Veräußerung von Grundstücks*zubehör* (z. B. einer Apothekengerechtigkeit) zutreffe, und daß daher der die Grundstückskaufgelder betreffende § 10, Ziff. 5 auch auf diesen Fall entsprechend anzuwenden sei. Die Entscheidung, die „zwar in freier Rechtsfindung, aber auf Grund wohlbegründeter Erwägungen ergangen" sei, wird von Ministerialrat Quassowski mit Recht gebilligt (JW. 1929, S. 1954, Anm.).

Die starren Abwertungsvorschriften müssen demgemäß auch im Falle des § 10 eng ausgelegt und streng eingehalten werden. Die zeitliche Aufwertungsschranke der §§ 15, 19 gilt also auch hier gegenüber den allgemeinen Vorschriften nur in dem durch die §§ 10 Abs. 2, 63 bestimmten Umfange, d. h. nur für Vermögensanlagen. Sie darf nicht in einer Weise erweitert angewendet werden, die dem Sinn und Zweck der Bestimmungen und dem Wortlaut des Gesetzes, d. h. dem Zusammenhang der §§ 10, 63, 15 widerspricht und auch mit den grundsätzlichen Unterscheidungen des Aufwertungsgesetzes nicht vereinbar ist. Bei den Sachwertansprüchen der §§ 10, 63 ist die Berufung auf die Geldentwertung und das starre Gesetzeswort nur die Maske, hinter der sich ein rechts- und gesetzwidriger Raub verbirgt.

B. Gesetzesbegriff und Rechtsgedanke

Der Versuch einer vernünftigen Begründung für die Ansicht, daß die Aufwertung der Sachwertansprüche im Falle der Bestellung einer Hypothek nur bezüglich der Höhe frei, in zeitlicher Hinsicht aber starr begrenzt sein müsse, ist bisher nicht gemacht worden.

Daß die zufällige, geringfügige Abweichung in der äußeren Ausdrucksform (die zudem durch § 10, Abs. 2 wieder ausgeglichen wird!) vermocht hat, zwei verschiedene, sich widersprechende Anwendungsarten desselben inhaltlich klaren Rechtsgedankens herbeizuführen, ist ein Zeichen der Ueberschätzung des Gesetzeswortes gegenüber der Bedeutung des praktischen Ergebnisses. Diese Ueberschätzung des Begriffes ist eine Folge der jahrhundertealten Form des Rechtsstaates als eines Beamtenstaates und der jahrhundertealten Herrschaft der Begriffswissenschaft. Diese beiden Umstände haben dazu geführt, daß das Gesetz als strikter Befehl einer höheren Macht und daß der wissenschaftliche Begriff als eine feststehende Zahlengröße angesehen wird. Der Gesetzesbegriff hat also eine selbständige Geltung und eine größere Bedeutung als das tatsächliche Rechtsleben und das praktische Ergebnis erlangt.

Diese Geistesrichtung des vorigen Jahrhunderts, die in der Mark-gleich-Mark-Theorie ihren deutlichsten Ausdruck fand, wirkt einerseits in der Gegenwart tatsächlich noch fort; sie ist aber andererseits schon seit Jahrzehnten heftig bekämpft worden.

Um zu einer angemessenen Abwägung der verschiedenen Momente zu gelangen, dürfte es notwendig sein,

I. auf das Verhältnis von Gesetzesrecht und Leben grundsätzlich einzugehen und

II. die Ueberschätzung des wissenschaftlichen Gesetzesbegriffes in ihrer geschichtlichen Bedingtheit zu untersuchen und damit möglichst zu überwinden.

I. Recht und Leben *)

Es ist schon bezeichnend, daß überhaupt die Frage, wie Recht und Leben sich zueinander verhalten, gestellt werden kann. Denn danach scheinen beide Begriffe in einem Gegensatz zu stehen und etwas Verschiedenes zu bedeuten. In Wirklichkeit ist aber das Recht nur ein Teil, eine Ausdrucksform, ein Abbild des Lebens; es ist das Verfahren, das anzuwenden ist, um das kulturelle, insbesondere das wirtschaftliche Leben zu erhalten. Der einzelne Rechtssatz gibt einen Ausschnitt aus den tatsächlichen Verhältnissen und Bestrebungen wieder. Sein Inhalt wird durch die bestehenden Wirtschaftsverhältnisse und Rechtsauffassungen und durch deren Entwicklung bestimmt. Seine Umgrenzung ergibt sich aus dem praktischen Problem, das durch ihn gelöst werden soll, aus den Bedürfnissen und Anforderungen der sozialen Gemeinschaft. Dieser praktische Zweck des Gesetzes bildet den eigentlichen Inhalt, den Rechtsgedanken des Gesetzes.

Der Gesetzeswortlaut ist nur die äußere, zufällige Form dieses Rechtsgedankens; es spiegelt sich in ihm, auch wenn er in allgemeinen, abstrakten Begriffen gehalten ist, meist noch der Einzelfall, der zur Zeit der Gesetzgebung praktisch gewordene Teil des Rechtsgedankens in besonderem Maße wieder. Diese zeitbedingte äußere Form des Gesetzes stellt aber noch nicht den vollständigen Rechtsgedanken dar, dessen Inhalt durch seine wirtschaftlichen Ziele und Zwecke festgelegt wird. In der einzelnen Gesetzesbestimmung sind daher die zeitbedingten Bestandteile (als die äußere Form) von dem Rechtsgedanken (als dem eigentlichen Inhalt des Gesetzes) zu unterscheiden. Indem man einerseits das Zeitbedingte der damaligen Ausdrucksformen des Gesetzes aus den da-

---

*) Jhering, Der Zweck im Recht. — Jher., Der Kampf ums Recht; Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, im Jahrb. f. Dogm. Bd. 25, S. 262 ff.; Kohler, Ueber die Interpretation von Gesetzen, Grünh. Ztschr. Bd. 13, S. 1 ff.; v. Bülow, Gesetz u. Richteramt; Ehrlich, Freie Rechtsfindung u. freie Rechtswissenschaft; Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung; Bozi, Die Weltanschauung der Jurisprudenz; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911; Müller-Erzbach, Durchbruch des Interessenrechts, in Jahrb. f. Dogm. Bd. 53, S. 331 ff.; Stampe, Rechtsfindung durch Interessenabwägung, DJZ. 1905, S. 714 ff.; Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen; Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit; Zitelmann, Lücken im Recht. Weitere Lit.: vgl. Staudinger, Allg. Teil, Einleitung IV, S. 17 ff.

maligen Umständen und der damaligen Entwicklung des Rechtsgedankens erkennt, andererseits das zu lösende wirtschaftliche Problem klar ins Auge faßt, wird es möglich, aus dem unvollkommenen Gesetzeswortlaut den Inhalt des vollständigen Gesetzesgedankens zu entnehmen. Das Gesetz ist nur ein Aufriß, eine Skizze des Rechts, eine Anweisung, durch die für die Findung des Rechts in den wesentlichsten Fragen die Richtung gewiesen wird. Wie aber die Skizze eines Hauses noch kein wirkliches, zum Wohnen geeignetes Haus darstellt, so ist auch der Wortlaut des Gesetzes noch nicht gleichbedeutend mit dem vollständigen, geltenden Recht. Wie ein wirkliches Haus erst dadurch entsteht, daß Stein um Stein zu der erstrebten Form zusammengefügt wird, so wird auch das Recht erst dadurch verwirklicht, daß die Richtlinien des Gesetzes durch die einzelnen richterlichen Urteils ausgestaltet und entwickelt werden. Wie der einzelne Stein des Gebäudes behauen wird, so muß das einzelne Urteil den jeweiligen wirtschaftlichen Erfordernissen angepaßt werden, und erst durch diese tatsächliche praktische Auswertung erlangt das im Gesetz nur skizzierte Recht seine Verwirklichung und seine vollständige, geltende Form.

Das Recht ergibt sich also nicht allein und nicht ohne weiteres aus dem Gesetzeswortlaut, sondern es ist das jeweils erst zu findende Ergebnis des richtunggebenden Gesetzesgedankens und der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse und kulturellen Bestrebungen. Das Gesetzesrecht ist nur eine Widerspiegelung der wirklichen Bestrebungen und Ziele, und seine Ordnung ist um so besser, je besser sie die tatsächlichen Verhältnisse wiedergibt. Nur der äußere Gesetzesbuchstabe ist starr festgelegt, der innere Gesetzesgedanke ist als Abbild des sich entwickelnden fortschreitenden Lebens auch selbst entwicklungsfähig. Durch die Berücksichtigung der veränderlichen tatsächlichen Verhältnisse und Bestrebungen wird das starre Gesetz mit der Entwicklung des Lebens in Einklang gehalten. Wie bei der Willenserklärung des Einzelnen, so ist auch bei der Gesamtwillenserklärung, dem Gesetz, nicht die äußere Erscheinung, nicht der Buchstabe, das Entscheidende (§ 133 BGB.). Wie das Scheindasein einer inhaltlich nicht gewollten Einzelwillenserklärung durch die Anfechtung des Erklärenden beseitigt werden kann und wie die Wirkung einer auf unzutreffenden Voraussetzungen aufgebauten Verfügung durch die Bereicherungsklage rückgängig gemacht werden kann *) (§§ 119, 812, BGB), so ist die Gesamtwillenserklärung des Gesetzes durch den Richter auf die ihren wirtschaftlichen

*) Krückmann, Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, in ArchZivPrax. 131, S. 1 ff.; vgl. unten S. 61.

Zwecken entsprechende Bedeutung zurückzuführen. Dem Willen des Erklärenden bei der Einzelwillenserklärung entspricht bei der Gesamtwillenserklärung ihre Bedeutung für die Gesamtheit, d. h. der Zweck des Gesetzes.

Die lebenden, sich bekämpfenden, sich entwickelnden sozialen Ziele und Zwecke, die Gesamtheit der Bestrebungen und Aufgaben der Rechtsgemeinschaft bilden den Inhalt des Rechts. Die Rechtsnormen geben eine Abgrenzung und Formung dieser verschiedenartigen Bestrebungen. Sie sind Satzungen für das Wollen, also ein Sollen, Vorschriften und Gebote für das Handeln. Im Gegensatz dazu zeichnen die Naturgesetze unveränderliche Wahrheiten, maschinenartige, ausnahmslose Gesetzmäßigkeiten auf, durch die das Naturgeschehen in eine feste Ordnung von Ursachen und Wirkungen gebracht wird. Sie finden ihren klarsten Ausdruck in mathematischen Zahlenformeln und ergeben in ihrer Gesamtheit eine ursächliche Ordnung des Seins. Die Rechtsbefehle aber begründen eine andere, höhere Lebensformung, sie stellen eine zweckhafte Ordnung des Sollens auf. Im Menschen ist, wie Hegel in seiner Phänomenologie des Geistes es ausspricht, der Weltgeist zum Bewußtsein seiner selbst gekommen; im Rahmen seiner Macht steht dem Willen des Menschen die Freiheit des Wählens und Wertens zu, und aus dieser Möglichkeit erwächst die Pflicht zu wertendem Wählen. An diese verantwortliche Freiheit des Willens wenden sich die Rechtsvorschriften und sie sind daher auch als solche geistig-moralischen Gebote zu werten und zu verwirklichen, und nicht als starre naturgesetzliche Formeln mechanisch anzuwenden. Wie schon das Naturgeschehen, z. B. das Wachstum einer Pflanze nicht restlos in Zahlenformeln aufgelöst werden kann, so kann auch das Rechtsleben nicht ausschließlich durch Begriffe geformt und in Begriffen niedergelegt werden. Das Recht ist ein System des Wollens, nicht des Wissens. Das Erkennen, das Wissen enthält nur *eine* Seite des das Recht ausmachenden Lebens. Das Erkennen ist nur eine aufnehmende Geistestätigkeit, es ist gewißermaßen eine Lichtbildaufnahme eines vorhandenen Zustandes. Die Summe dieser Bilder, durch die Gedächtniskraft des Gehirns aufbewahrt, bildet das Wissen. Dieses ist also nur eine Bestandsaufnahme des Seienden, die nur die *Tatsache* des Daseins feststellt. Ueber die Richtung, den Zweck, das Ziel, den Wert der einzelnen Daseinserscheinungen ist damit noch garnichts ausgesagt. Dieser *lebende* Inhalt des Seins ist eine Angelegenheit (nicht des Wissens, sondern) des Wollens, des Handelns. Das Erkennen gibt nur ein totes Abbild des Vorhandenen, es bildet bei einer Gradeinteilung des Lebens nur die wagerechte (räumlich-körperliche) Achse

toten Seins. Daneben aber besteht als die senkrechte (zeitlich-geistige) Einteilung die Rangordnung der Werte, der Zwecke und Ziele, die den Inhalt des Wollens und Sollens darstellen. Das Wissen erschöpft sich darin, daß es die Welt als vorhanden, als eine Summe von Wahrheiten darstellt. Erst durch das Recht wird in diese tote Daseinsordnung der Gedanke des Wertens und Richtens hineingetragen. Zur Kennzeichnung der Erkenntnisse dienen die wissenschaftlichen Begriffe, die also eine Ordnung von Seinswahrheiten wiedergeben. Den Inhalt des Wollens umschreiben die Rechtsbefehle, die also eine Ordnung von Sollensvorschriften aufrichten.

Die Gesetze gehören zu der letzteren Art, da sie Vorschriften für ein künftiges Handeln und Verhalten geben. Sie sind aber durchweg in der Seinsform (Ist-Form) gehalten. Der Gesetzgeber nimmt gewissermaßen als selbstverständlich an, daß sein Befehl befolgt und verwirklicht wird, und er stellt den geforderten Zustand daher schon als wirklich dar. Diese äußere Seinsform der Gesetze birgt aber die Gefahr in sich, daß die begriffliche Gesetzesordnung als ein selbständiges in sich abgeschlossenes Ganzes erscheint. Sie lenkt von der Frage nach dem Warum und Wozu der Gesetzesnormen ab und führt leicht dazu, daß die mechanische Durchführung der Gesetzesbegriffe als die einzige Aufgabe der Gesetzesanwendung angesehen wird. Eine Ergänzung oder Anpassung der Gesetze an die tatsächliche Ordnung der sozialen Zwecke erscheint dadurch überflüssig. Der Gesetzesbefehl geht in dem Gesetzesbegriff unter. *)

Demgegenüber muß mit um so größerer Entschiedenheit daran festgehalten werden, daß das Wesen des Rechts nicht in festliegenden unveränderlichen Seinswahrheiten von der Art mathematischer Formeln, sondern in Geboten für das vielstrebige künftige Wollen und Handeln besteht. Die Verwirklichung des Rechtsinhalts kann daher nicht durch mechanische Anwendung der Wortformeln, sondern nur durch die zweckentsprechende Ausgestaltung und Anpassung des richtunggebenden Gesetzesbefehls geschehen. Bei der Vielgestaltigkeit und Fortentwicklung der tatsächlichen Lebensverhältnisse ist nicht das starre Gesetzeswort entscheidend, nicht einmal der „Wille des Gesetzgebers" ist die alleinige Rechtsquelle. Denn auch der beste Gesetzgeber kann nicht alle Einzelheiten berücksichtigen und alle künftigen Entwicklungen voraussehen. Der Zweck des Gesetzes, seine Bedeutung für die Gesamtheit, ist daher das Entscheidende. Die einzelne Rechtsentscheidung kann daher nicht

---

*) Jhering, Geist des röm. Rechts, § 44, S. 441 ff.; Der Zweck im Recht, S. 67 ff.

ohne weiteres aus den Gesetzesworten abgelesen werden; es genügt nicht eine bloß erkennende, aufnehmende Gehirntätigkeit. Das Recht muß vielmehr in jedem Einzelfalle auf Grund des richtunggebenden Gesetzesgedankens und der tatsächlichen Verhältnisse erst geschaffen werden durch ein wertendes, wägendes Urteil und eine verantwortliche Willensentschließung *). Bei der Anwendung und Auslegung eines geltenden Gesetzes sind daher ganz andere Maßstäbe anzulegen, als bei der Erforschung und Auslegung sonstiger Begriffe, etwa eines literarischen Werkes oder einer alten assyrischen Gesetzestafel. Der Forscher und auslegende Philologe hat nur die Aufgabe, das schon früher Gedachte nachzudenken, das schon einmal „Erkannte wieder zu erkennen" (v. Boekh), die Worte seines Textes in ihrer ehemaligen Bedeutung für alle Zeiten klar zu stellen. Diese Worte selbst und ihre endgültige Bedeutung sind sein Endziel.

Für den Juristen besteht aber die hauptsächlichste Pflicht darin, jederzeit in jedem Einzelfall einen tatsächlichen Rechtszustand aufrecht zu erhalten. Für ihn sind die Gesetzesworte nur ein Mittel zur Erreichung dieses s e i n e s Endzieles, das für ihn als Hauptaufgabe ebenso feststeht, wie für den Arzt die Gesunderhaltung des Patienten. Die Gesetzesworte sind daher von ihm nach ihrer tatsächlichen praktischen Auswirkung zu werten und zu wägen. Ihre Bedeutung ist nicht aus dem Wörterbuch und nicht durch begriffliche Konstruktion festzustellen. Die Grenzen ihrer praktischen Geltung sind vielmehr jeweils unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bestrebungen und Verhältnisse durch ein w e r t e n d e s U r t e i l festzusetzen.

Als Beispiel für den Gegensatz der begrifflich-konstruierenden und der moralisch-wertenden Rechtsbildung können die römische und die deutsch-rechtliche Gestaltung der Eigentumsübertragung einander gegenüber gestellt werden. Die römische Auffassung beruht auf dem logisch unangreifbaren Satz: „Niemand kann mehr Rechte übertragen als er selbst hat". Die germanische Rechtsauffassung, die einen gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten zuläßt, geht dagegen von der praktischen Ueberlegung aus: Es sei unbillig, wenn man dem gutgläubigen Käufer, der die Sache von dem unmittelbaren Besitzer erworben und dafür den Kaufpreis an ihn gezahlt hat, das Eigentum absprechen wolle, es sei vielmehr eher gerechtfertigt, daß der ursprüngliche Eigentümer, der den Besitz der Sache freiwillig aufgegeben und dem — unredlichen — Besitzer anvertraut hatte, den Schaden trage.

---

*) Vgl. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht.

„Trau, schau wem!“ „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da magst du ihn suchen“. Hier beruht die Rechtsbildung also auf dem Vertrauen, auf Treu und Glauben, auf einer schöpferischen, moralisch wertenden Rechtsgestaltung, während die römisch-rechtliche Auffassung nur das Ergebnis eines mathematischen Lehrsatzes ist.

Eine Beschränkung der Haftung für abgegebene Garderobenstücke auf 1500 Mk. wird für die Hamburger Staatsoper für unzulässig erklärt. Für einen Dorfzirkus würde diese Auffassung sicherlich nicht ohne weiteres zutreffen. Der Inhaber eines Gasthauses oder eines Cafés haftet nicht für die von den Gästen abgelegte Garderobe. Wohl aber hat der Inhaber einer Weinstube die Verwahrungspflichten, wenn die Garderobe nicht in der Gaststube selbst abgelegt werden kann, sondern in einem Vorraum aufgehängt wird, auch wenn sie dort nicht zur Aufbewahrung abgegeben wird. (RG VII 479/23; 104,45 ;109,261).

Wie will man diese verschiedenen Entscheidungen aus dem „Begriff“ der Verwahrung herleiten? Sie sind nur nach der Lage des Einzelfalles durch das wertende Urteil zu begründen, daß eine andere Entscheidung der einen Vertragspartei unzumutbare Pflichten oder Beschränkungen auferlegen würde. Was aber im Einzelfall z u m u t b a r ist, kann nur durch eine wertende, das Für und Wider abwägende, verantwortliche Entscheidung bestimmt werden. Ebenso enthält in jedem Schadensfall die „Feststellung“, daß das schuldhafte Verhalten des Schädigers in „adäquatem“ Kausalzusammenhang mit dem schädigenden Erfolg stehe, das Werturteil, daß der Täter den Schaden nach Lage der Dinge verantworten und tragen müsse (vgl. die verschiedenen Beispiele bei Staudinger BGB. § 249, Vorbem. 4 b und Anm. 2).

Als weiteres Beispiel sei folgender Fall herangezogen: Nach dem Pachtvertrag ist der Pächter eines Gutes zur Instandhaltung der Gebäude verpflichtet, notwendige Neubauten fallen dem Verpächter zur Last. Dieser verlangt, daß der Pächter die Türen und Dachrinnen, die Stalldecke und das Scheunendach wieder herstellen lasse. Die Dachrinnen, die Stalldecke und das Scheunendach sind so schadhaft, daß sie ganz erneuert werden müssen. Das fachmännische Schiedsgericht entscheidet, daß der Pächter die Türen und die Dachrinnen, der Verpächter aber die Stalldecke und das Scheunendach herstellen lassen müsse, denn diese beiden letzteren Anlagen seien wegen ihres Umfanges als Neubauten anzusehen. Gegen diesen Schiedsrichterspruch ließen sich die „logischen“ Einwände erheben, daß die vollständige Erneuerung der Dachrinnen nicht anders behandelt werden könne als die vollständige Erneuerung des Daches und daß in jedem Falle unter „Neubau“ nur

die Neuerrichtung eines Gebäudes zu verstehen sei, daß daher die Ersetzung eines mangelhaften Gebäudeteils niemals als ein Neubau angesehen werden könne. Diesen „logischen“ Erwägungen aber ist entgegenzuhalten, daß bei der Verwirklichung des Rechts nicht die sprachliche Durchschnittsbedeutung der Worte maßgebend ist. Es sind vielmehr die Rechtsbegriffe als Bestandteile eines bestimmten sozialen Machtverhältnisses in ihrer tatsächlichen Auswirkung zu werten. Der Begriff „Neubau“ im Verhältnis von Pächter zu Verpächter ist durch schöpferische Rechtsfindung zu umgrenzen.

Im Erfinderrecht erfordert die Feststellung, daß ein technischer Gedanke eine neue, gewerblich-verwertbare Erfindung enthalte, eine selbständig-wertende Tätigkeit, die dem schöpferischen Gestalten des Erfinders wesensgleich ist. Denn vor Erteilung jedes Patentes muß klargestellt werden, daß der neue Gedanke gegenüber dem bisherigen Stande der Technik einen wesentlichen Fortschritt bringt, daß er „sprunghaft über die naturgemäße Fortentwicklung der Technik hinaus zu einer höheren Stufe des technischen oder wirtschaftlichen Lebens führt“ *). Jene „Feststellung“ bedeutet also in Wirklichkeit das Werturteil ,daß die Erfindung wegen des durch sie ermöglichten Fortschritts der Technik es verdiene, patentrechtlich geschützt zu werden **). Ebenso kann im Urheberrecht die Entscheidung, ob die Dramatisierung einer geschützten Erzählung nur eine unselbständige Wiedergabe der fremden Idee oder eine selbständige, freie Bearbeitung, ob eine neue Melodie nur die Variation eines geschützten Musikwerks oder eine „eigentümliche Schöpfung“ darstellt, nicht ohne wertende Beurteilung getroffen werden.

Der Umfang einer Grunddienstbarkeit ist in jedem Einzelfall nach den rechtlichen Belangen der beiden Parteien abzugrenzen. Wenn also z. B. auf einem zwischen 2 Häusern befindlichen Zwischenraum eine Wegegerechtigkeit lastet und der Eigentümer der Häuser jene Durchfahrt verbauen will, so ist der Streit durch schöpferische Rechtsetzung in der Weise zu schlichten, daß der Eigentümer etwa vom II. Stockwerk ab den Zwischenraum ü b e r bauen könne. Das Gesetz bestimmt im § 1020 BGB. nur ganz allgemein, daß bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit die Interessen des Grundeigentümers tunlichst zu schonen seien, und es gibt damit eine alle Einzelfälle umfassende Richtlinie. Daneben bleibt aber für den Richter die Aufgabe bestehen, diese allgemeine Richtlinie in jedem Einzelfalle zu verwirklichen. Ob dem Wege-

---

*) Lutter, Patentrecht, S. 10.

**) Elster, Urheber- und Erfinderrecht, S. 284.

berechtigten die Durchfahrt bis zur Höhe von 4 m oder, falls es sich etwa um einen Fabrikbetrieb mit großen Materialfuhren handelt, bis zur Höhe von 5 oder 6 m zuzubilligen ist, muß nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles durch schöpferische Rechtsgestaltung bestimmt werden.

Das Recht wird also nicht durch die Gesetzesworte allein verkörpert, sondern es ist Teil und Abbild der Wirklichkeit, es umfaßt die Fülle der Lebenstatsachen (als den Gegenstand des Rechts), geformt und bestimmt durch die Rechtsgedanken (die das geistige, schöpferische Moment darstellen). Aus diesen beiden Bestandteilen entsteht (als ein Drittes) das geltende Recht. Da das Leben — wie schon sein Begriff besagt — sich lebend fortentwickelt, so müssen auch die Rechtsgedanken fortgebildet werden. Das geltende Recht ist also im Anschluß an die Entwicklung sowohl der tatsächlichen Verhältnisse wie der rechtlichen Anschauungen auszugestalten, ohne daß durch diese Entwicklung etwa die bindende Kraft der Gesetzesbestimmungen in Frage gestellt würde. Wie das tatsächliche Leben fortschreitet und doch zugleich in seinem Wesen dasselbe bleibt, so sind auch die neuen Formen, zu denen ein Rechtsgedanke sich auswächst, schon in dem ursprünglichen Gesetzesgedanken enthalten. Wie die Entwicklung des Lebens geradezu nur der eigentliche Ausdruck seines Wesens ist, so kommt auch der wahre Inhalt des Gesetzesgedankens erst in seiner praktischen Ausgestaltung und Auswertung zur Erscheinung.

Auf der Wage der Gerechtigkeit darf daher das Recht nicht mit Gesetzesbegriffen als fertigen Gewichten gewogen werden. Es sind vielmehr die Streittatsachen selbst gegeneinander abzuwägen, und den Ausschlag gibt der selbständige, verantwortliche Wille des Urteilenden, also eine lebende, geistige Instanz, für die die Gesetzesvorschriften nur als Richtlinien und Anweisungen Geltung haben. Daher ist auch das lebende germanische Rechtssymbol, die Weltesche, die grünt und wächst, solange das Recht herrscht und deren Verdorren den Untergang des Rechts bedeutet, tiefer als das mechanische römische Rechtssymbol, die Wage der mit verbundenen Augen richtenden Gerechtigkeit. Denn das letztere deutet nur das Prinzip formaler Gleichmäßigkeit und Unparteilichkeit an, nicht aber die Notwendigkeit neuer schöpferischer Rechtsgestaltung und -fortbildung. Das Recht ist aber als Abbild des Lebens selbst etwas Lebendes, Wachsendes, sich Entwickelndes, nicht ein vollendeter Zustand, nicht ein totes Sein, sondern ein Werdendes, Künftiges, eine in jedem Einzelfall noch zu erfüllende Aufgabe, ein zu erreichendes Ziel, ein zu verwirklichendes Gebot.

An die Anwendung und Auslegung des Gesetzes kann daher grundsätzlich nicht mit der Fragestellung herangegangen werden: „Was ist die (im Gesetz vorhandene, ohne weiteres aus ihm abzulesende) Wahrheit?“ Es ist vielmehr grundsätzlich von der Einstellung auszugehen, daß das den Richtlinien des Gesetzes und den tatsächlichen Umständen entsprechende Recht erst noch gefunden, durch wertendes Urteil geschaffen werden müsse. Diese Aufgabe kann nicht mit Hilfe begrifflicher Konstruktionen, sondern nur durch die wertende Entscheidung einer freien, verantwortlichen Persönlichkeit gelöst werden.

Man kann nur zwischen den beiden Möglichkeiten wählen: Entweder herrscht der tote Buchstabe des Gesetzes; dann ist der Richter nur eine „Subsumptionsmaschine“, die den einzelnen Tatbestand den starren Gesetzesworten mit Biegen oder Brechen unterordnet, ohne sich um die Fortentwicklung der Verhältnisse und Bestrebungen zu kümmern und ohne sich wegen der grundsätzlichen Richtigkeit des Ergebnisses irgendwelche Gedanken zu machen.*) Oder es herrscht der lebende Rechtsgedanke, der nur als Abbild der tatsächlichen Lebensverhältnisse aufgefaßt und daher mit diesen fortgebildet wird; dann stellt das Gesetzeswort noch nicht das vollständige Recht dar, sondern es weist der Rechtsfindung nur die Richtung und wird erst durch die einzelnen Richtersprüche verwirklicht. In diesem Falle würde also der Richter gegenüber dem äußeren Gesetzeswortlaut die nötige Bewegungsfreiheit haben, um den eigentlichen Gesetzesinhalt auswerten und seinen wirklichen Zielen und Zwecken gemäß anwenden und fortbilden zu können.

Diese zweckentsprechende Anwendung der Rechtsnormen erfordert eine selbständige Beurteilung und Bewertung der tatsächlichen sozialen Bestrebungen und Zwecke. Die allgemeinste Richtlinie für diese schwierige Aufgabe ist darin zu finden, daß das Leben selbst das Recht verkörpert. Die Grundlage allen Rechts liegt in den tatsächlichen Lebenszwecken und Bestrebungen. Das Recht muß zwar durch Wertungen geschaffen werden; diese Wertungen sind aber nur in Anlehnung an die tatsächliche Lebensordnung möglich; denn die Rechtsordnung ist nur eine richtende Formung jener Lebensordnung. Jedes Rechtsgut, wie Freiheit, Ehre, Gesundheit, Eigentum usw. ist schon auf Grund der Tatsache seines Daseins grundsätzlich anzuerkennen. Es können

---

*) „Das Wort erstirbt schon in der Feder.
Die Herrschaft führen Wachs und Leder“.

Goethe, Faust I.

übergeordnete Zwecke eingreifen, die zur Verneinung eines grundsätzlich bestehenden Rechts führen. Aber jede Rechtsvernichtung setzt voraus, daß der höhere Zweck, der sie erfordert, klar erkannt und festgestellt werde. Der Wertmaßstab allen Rechts kann nur aus den verschiedenen Erscheinungsformen des Lebens selbst entnommen werden. Das Vorhandensein höherer, lebensteigernder Zwecke, als höherer Erscheinungsformen des Daseins, ist die einzige mögliche Begründung übergeordneter Rechte. Da das Wesen des Rechts in dem Schutz der menschlichen Gemeinschaft besteht, so ist grundsätzlich der Mensch als Einzelpersönlichkeit und als Mitglied der Gemeinschaft in jedem Rechtsgut zu schützen. Die Zwecke des Einzelnen, die Freiheit,*) und die Zwecke der Gemeinschaft, die Ordnung**), stehen einander als selbständige Rechtsgüter gegenüber. In welcher Weise die Rechtssphäre des einen gegenüber derjenigen eines anderen und gegenüber den Zwecken der Gemeinschaft abzugrenzen ist, kann in jedem Falle nur durch ein selbständig wertendes Urteil bestimmt werden, das sich einerseits auf die Richtlinien der bestehenden Rechtsordnung, andererseits auf die tatsächlichen Lebensverhältnisse als die Quelle allen Rechts stützt.

Der Richter ist also nicht der bloße Gerichtsvollzieher des Gesetzes, seine Tätigkeit bildet vielmehr die eigentliche lebende Verkörperung des jeweiligen Rechtes, die höchste Instanz des Rechtsschutzes, in der die geistig-gesetzliche und die tatsächlich-zwangsbefugte Seite der Staatsgewalt zusammentreffen. Durch den Richterspruch werden die richtunggebenden Gesetzesgedanken mit den Tatsachen des Einzelfalles verbunden, und erst in dieser einzelnen Ausgestaltung der allgemeinen Gesetzesvorschriften wird das tatsächliche, geltende Recht geschaffen. Erst in den auf selbständiger Wertung beruhenden Urteilen des Richters erlangt das Gesetz seine Verwirklichung und seine vollständige Gestalt.

Jede wörtliche Formulierung und Festlegung des Gedankens bedeutet für seine Entwicklung eine Gefahr. Summum ius, summa iniuria. — Scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem (Celsus). „Darumb sollt man geschrieben Recht unter der Vernunft halten, daraus sie doch gequollen sind, als aus dem Rechtsbrunnen, und nicht den Brunn an seine Floßlin binden und das Recht mit Buchstaben gefangen führen“ (Luther). „Gesetz wird Unsinn, und seine Wohltat wird zur Plage“, wenn man „an Worte glaubt, von denen sich kein Jota rauben läßt“. (Goethe). Daß es immer

*) v. Humboldt, Ueber die Grenzen der Wirksamkeit des Staates; Ihering, Der Kampf ums Recht, S. 13 ff.

**) Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. II, Abschn. 17/18.

wieder notwendig war, gegenüber der vereisenden Macht starrer Begriffe die lebende Kraft des Rechtsgedankens zu betonen, ist nur ein weiterer Beweis dafür, daß das Recht eine stete Aufgabe bleibt, daß es nicht durch begriffliche Formulierung in eine für alle Zeiten feststehende Form gebracht werden kann, sondern in jedem Einzelfall durch die verantwortliche Persönlichkeit des Richters neu geschafft werden muß.

Diese praktische Notwendigkeit kann auch durch ein begriffliches Schlagwort, wie das der Gewaltenteilung, nicht aufgehoben werden.

Die Staatsgewalt muß vielmehr als Abbild der staatlichen Einheit selbst etwas Einheitliches sein und bleiben. Sie kann wohl verteilt, sie darf aber nicht zerteilt werden. Sie darf nicht wegen der starren Durchführung eines theoretischen Begriffes in mehrere unzusammenhängende Teile zerlegt werden (wie es sich auch für den Einzelkörper nicht empfiehlt, Kopf und Gliedmaßen vom Rumpf zu trennen). Wie der Gesetzgeber einen reinen Verwaltungsakt, z. B. den Staatshaushaltsplan, sich vorbehalten hat und in der Form des Gesetzes erledigt, wie andererseits den Verwaltungsbehörden im Verordnungsrecht gesetzgeberische Maßnahmen und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit Aufgaben der Rechtsprechung übertragen sind, so muß auch der Richter „ein Stück Gesetzgeber" *) sein und bleiben, (wie er ja auch die Justizverwaltungsgeschäfte zu erledigen hat). Der Rechtsgedanke ist vom Richter jeweils in der Form anzuwenden, die der freie vernünftige Gesetzgeber selbst ihm jetzt geben würde. **) Der Rechtsgedanke des Gesetzes ist bindend, aber er ist zugleich auch etwas Geistiges, Lebendes. Der Richter wird also berücksichtigen müssen, daß das Gesetz in seiner äußeren Form auch nur ein unvollkommenes Machwerk und keine unfehlbare Offenbarung ist, daß es in seinem Inhalt auf praktische Zwecke gerichtet und durch vernünftige Ueberlegungen bestimmt ist, daß es also durch die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse und allgemeinen Anschauungen beeinflußt und fortgebildet wird.

Diese freiere und daher verantwortlichere Stellung des Richters würde nicht etwa zu umstürzlerischen Rechtsänderungen und damit zur

---

*) Zitelmann, Lücken im Recht, 1903.

**) Vgl. § 1 des Schweiz. Ziv.Ges.B., das den Richter anweist, nach der Regel zu entscheiden, die er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde, wenn Wortlaut und Auslegung des Gesetzes und auch das Gewohnheitsrecht nicht zum Ziele führen.

Rechtsunsicherheit führen. Im Gegenteil: „Die freie Rechtsfindung ist konservativ, wie jede Freiheit, denn Freiheit bedeutet eigene Verantwortung. Gebundenheit wälzt die Verantwortung auf andere ab". (Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, s. 8). Die Stetigkeit der Rechtsbildung und -entwicklung ist eher dann gewährleistet, wenn das Recht sich auf den inneren geistigen Rechtsgedanken, der sich unmittelbar an die tatsächlichen Zwecke und Bestrebungen anlehnt, stützt, als dann, wenn es nur durch die äußeren begrifflichen Normen bestimmt wird. Denn die Starrheit der Begriffe muß von Zeit zu Zeit notwendigerweise zu einem gewaltsamen Bruch führen. Und jede begriffliche Konstruktion kann außerdem stets durch eine noch kompliziertere Konstruktion überboten werden. Diese Art der Rechtsentwicklung ist also sprunghaft und für den Rechtsuchenden nicht voraussehbar. Eine nur an den Rechtsgedanken gebundene, den tatsächlichen Verhältnissen angepaßte Rechtsbildung bleibt dagegen im Einklang mit dem Leben und bildet sich in ruhiger und verständlicher Weise fort. Eben dadurch unterscheidet sich der Rechtsbefehl vom Gewaltbefehl, daß er nur die Auswirkung einer allgemeinen Entwicklung ist, an die auch der Rechtsetzende sich gebunden fühlt. „Das Bestehende erhalten kann die Gewalt, das Bestehende zerstören kann die Gewalt; das Bestehende entwickeln kann aber nur das Recht". (Rede des Justizministers Koch bei der Einführung des Reichsgerichtspräsidenten Bumke). *)

Die schematisch durchgeführte Theorie der Gewaltenteilung würde die Staatsgewalt in drei selbständige Teile zertrennen, über denen als einzige Verbindung der Begriff, der Gesetzeswortlaut, thronte. Dieses angebliche Idealbild des Rechtsstaates ist in Wirklich-

---

*) Die Lebensverbundenheit und damit Gebundenheit des Rechts, die ausschließt, daß bestehende Rechte durch späteres Gesetz beliebig abgeändert werden können, war im indischen Recht in besonderem Maße ausgebildet. Die in den heiligen Büchern niedergelegten Rechte konnten nicht durch Menschensatzung aufgehoben, sondern nur durch erweiternde und beschränkende Auslegung und entsprechende Anwendung fortgebildet und umgestaltet werden. Ueber die daraus hervorgegangene hochentwickelte Kunst der Rechtsauslegung und -anwendung, insbesondere die Mimansa-Regeln Jaimini's (7. Jahrh. n. Chr)., vgl. Kohler, im Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1911, S. 235 ff. — In gleicher Richtung wirkt das geistliche und weltliche Naturrecht des Mittelalters (vgl. unten S. 39 ff.) und der neuzeitliche Verfassungsschutz (vgl. unten S. 67 ff.).

keit die denkbar größte Tyrannis. Denn während jede persönliche Gewaltherrschaft, die in der Geschichte auftaucht, durch die ausführenden untergeordneten Stellen abgeschwächt zu werden pflegte, wirkt sich die Gewaltherrschaft des Begriffes unbeschränkt und gerade umso stärker aus, je weiter die Ausführung von der Quelle des Gesetzes entfernt ist.

Die weitestgehende Durchführung hat die Lehre von der Trennung der Gewalten auf kurze Zeit in der französischen Revolution gefunden, und es dürfte sich lohnen, auf die Gründe der Einführung und der baldigen Abschaffung der schematisch-übertriebenen Gewaltenteilung einzugehen. Wegen des Schlagwortes, daß ein Mensch nicht über den andern herrschen dürfe, wurde bestimmt, daß die Auslegung der Gesetze nicht dem Richter, sondern allein dem Gesetzgeber zustehen solle. *) Die Begründung, die Bergasse **) in seinem Bericht dazu gab, lautet folgendermaßen: „Die richterliche Gewalt würde schlecht aufgebaut sein, wenn der Richter das gefährliche Vorrecht hätte, das Gesetz auszulegen oder nach seinem Belieben zu ergänzen. Denn wenn das Gesetz ausgelegt, erweitert oder — was dasselbe ist — dem Willen eines Einzelnen angepaßt werden kann, so ist der Mensch nicht mehr unter dem Schutz des Gesetzes, sondern unter der Macht desjenigen, der es auslegt oder erweitert. Die Macht eines Menschen über einen anderen Menschen sollte aber gerade durch die Einrichtung des Gesetzes zerstört werden. Diese Macht würde aber eine ungeheure Stärke erlangen, wenn dem Richter das Recht einer Gesetzesauslegung belassen würde". Demgemäß wurde bestimmt, daß die Gerichte sich bei jeder notwendig erscheinenden Auslegung eines Gesetzes an die gesetzgebende Körperschaft wenden sollten ***). Durch diese Regelung wurde jedoch die Rechtsprechung dauernd behindert und andererseits die Justizverwaltung mit Einzelfragen überlastet. Art. 4 des Code Napoleon hob sie daher auf und bestimmte: „Der Richter, der seine Entscheidung unter dem Vorwand versagt, das Gesetz enthalte keine Bestimmung oder es sei dunkel und unzureichend, kann wegen Rechtsverweigerung bestraft werden". In der Begründung dieses Artikels wird gesagt: „Notwendigerweise gibt es eine Menge von Umständen, denen der Richter ohne Gesetz gegenübersteht. Man muß daher dem

---

*) Lucas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, S. 425.

**) Arch. Parl. I, serie 8,443.

***) Loi sur l'organisation judicaire v. 16/24. VIII. 1790, tit. II. art. 12.

Richter die Möglichkeit lassen, das Gesetz mit den natürlichen Hilfsmitteln der Rechtlichkeit und des gesunden Menschenverstandes zu ergänzen. Denn wenn das Gesetz sich ausschweigt, so spricht doch noch die Vernunft. Während die Voraussicht des Gesetzgebers begrenzt ist, ist die natürliche Vernunft unbegrenzt. Sie bezieht sich auf alles, was den Menschen betreffen kann. Warum sollte man die Hilfsmittel nicht ausnutzen, die sie uns bietet?"

Die Revolution hatte, den halben Wahrheiten der Aufklärung entsprechend, anstelle des verantwortlichen Richters den Gesetzestext gesetzt. Die Begriffsherrschaft führte im revolutionären Frankreich zu demselben Ergebnis wie im absolutistischen Byzanz (vgl. unten S. 36): Die freie Stellung des Richters wird beseitigt, an die Stelle des Volksrechts tritt der starre, unveränderliche Buchstabe des Gesetzes, an die Stelle der verantwortlichen Persönlichkeit tritt der Begriff. Durch den Code Napoleon wird das französische Recht von dieser Erstarrung, von der Tyrannis dieser „freiheitlichen" Begriffsherrschaft befreit. Durch Art. 4 Code civil werden der freien, verantwortlichen Persönlichkeit des Richters die nötigen Befugnisse zurückgegeben *).

*

---

*) Im Sinne dieser Auffassung hat der Präsident des französischen Kassationshofes, Ballot-Beaupré, bei der Hundertjahrfeier des Code civil treffend erklärt: „Wenn der Gesetzestext Unklarheiten aufweist ...., so soll der Richter sich nicht damit aufhalten, starrsinnig zu untersuchen, welcher Auffassung die Gesetzgeber vor hundert Jahren waren, als sie diese oder jene Bestimmung aufstellten; er muß sich vielmehr fragen, welche Ansicht sie vertreten würden, wenn sie dieselbe Gesetzesbestimmung heute abzufassen hätten". (Le centenaire du code civil, Paris 1904, S. 27).

Im deutschen Staatsleben haben sich die Ideen der Gewaltenteilung erst in dem folgenden 19. Jahrhundert ausgewirkt. Auch die gleichzeitige begriffliche Durchbildung des Rechts, die in der großen Zeit deutscher Rechtswissenschaft seit Savigny erfolgte, hat dazu beigetragen, daß der Gesetzesbegriff eine übermäßige Gewalt erlangte. Durch einen kurzen geschichtlichen Ueberblick soll diese Vorherrschaft des Begriffes und die dadurch hervorgerufene Spaltung von Recht und Leben als eine zeitbedingte Kulturerscheinung dargetan werden, die als solche vergänglich ist, die gegenwärtig zwar noch tatsächliche Geltung hat, aber schon seit Jahrzehnten bekämpft worden ist. Es soll dabei nicht etwa Stellung genommen werden zu den verschiedenen geschichtlichen Versuchen, den Inhalt des Rechts zu bestimmen. Die jeweiligen Zeitauffassungen sollen nur unter dem Gesichtspunkt behandelt werden, ob sie bezüglich der Form der Rechtsverwirklichung zu einer natürlich-freien oder einer begrifflich-starren Rechtsanwendung geführt haben.

II. Geschichtliche Entwicklungsstufen des Rechts *)

1. Ursprüngliche Verbundenheit von Recht und Leben.

Die Einheit von Recht und Leben ist im Urzustand ohne weiteres dadurch gegeben, daß das Recht eine selbständige Stellung gar nicht einnimmt. Das Leben erkämpft sich selbst sein Recht, indem es sich durchsetzt. Dieser Zustand bleibt auch in den ursprünglichen Rechtsformen erhalten. Durch den Zweikampf, durch die Willens-

---

*) Literatur: Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Rechts; Esmarch, Römische Rechtsgeschichte; Jhering, Der Geist des römischen Rechts; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte; Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte; Gierke, Deutsches Privatrecht; Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte; Schröder-v. Künßberg, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte; Kohler, Lehrb. der Rechtsphilosophie; Stammler, Lehrb. der Rechtsphilosophie; v. Savigny, Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; Herbart, Naturrecht und Moral; Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht; Frank, Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht; Haymann, Naturrecht und positives Recht, in Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, 1914, S. 233 ff.

probe der Gottesurteile, durch den Eid und das Wort seiner Eideshelfer schafft sich Jeder selbst sein Recht **).

Diese unmittelbare Form des Rechtsschutzes hat sich zur Wahrung des Rechtsgutes der Ehre teilweise bis in die Gegenwart erhalten. Sie gilt allgemein noch im Völkerrecht und hat im neuen deutschen Arbeitsrecht wieder Anerkennung gefunden. Denn dadurch, daß Streik und Aussperrung als rechtmäßige Mittel des Arbeitskampfes zugelassen werden, wird anerkannt, daß die Forderungen und Gegensätze des Wirtschaftslebens nicht durch Worte und Begriffe endgültig festgelegt werden können, sondern nach der jeweiligen Gesamtlage unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen geschlichtet werden müssen.

Der Zusammenhang von Recht und Leben bleibt auch in der folgenden Entwicklungsstufe, in der das Recht durch Rechtssprechung geschützt wird, gewahrt. Denn auch hier besteht noch kein Rechtssystem, das selbständig neben dem Leben gälte. Das Recht wird vielmehr für jeden Einzelfall von den Schöffen gefunden. Der Schöffenspruch ist eine schöpferische Gestaltung und Schlichtung des einzelnen Streitfalles, die ihre Grundsätze aus den Erfordernissen des Lebens selbst, nicht aber aus allgemeinen theoretischen Rechtssätzen entnimmt.

Diese Rechtsbildung, die unmittelbar aus den tatsächlichen Streitfällen hervorgeht, ist die Grundlage aller Rechtssatzungen. Die späteren Gesetzbücher sind nur Zusammenfassungen und Verallgemeinerungen der in der Rechtssprechung herausgebildeten Einzelrechtssätze. Das römische Recht ist zum weitaus größten Teil prä-

---

**) Die Zusammengehörigkeit von Recht und Leben kommt auch sprachlich dadurch zum Ausdruck, daß sämtliche westgermanischen Stämme den Inhalt des Rechts als das Seiende, das Wesen, das Ewige bezeichnen: alth. ewa. fries : e. angels. : aew. altsächs.: eo, (= lat.: esse, griech.: einai, = sein). Wizzod (nordgerm.: lag; lat.: lex) ist nur das gewiesene, festgelegte, gesetzte Recht, das Gesetz. Der Begriff Recht, (alth.: reht, angels.: right; vgl. lat.: rectum) umfaßt beides, sowohl wizzod, das geschichtlich aufgerichtete Gesetzesrecht, wie eo, das grundsätzlich richtige Recht. Vgl. Grimm, Wörterbuch, VIII, 364; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. S. 150 ff. So ist schon sprachlich der Begriff Recht nicht gleichbedeutend mit Gesetz, sondern er ist diesem übergeordnet und stellt die Zusammenfassung von Gesetz und Leben dar.

torisches, also richterliches Recht, das sich über den Zwölf-Tafelgesetzen herausgebildet hat. Ebenso sind die germanischen Volksrechte, die sog. leges barbarorum, eine Art Fallsammlungen, in denen die Rechtssprüche der Volksgerichte niedergelegt sind.. *) **).

---

*) Die zwölf Tafelgesetze selbst (451 v. Chr.) enthalten nur eine Zusammenstellung der wichtigsten Rechtssätze, gewissermaßen der Grundrechte des römischen Bürgers: Die Grenzen der Staats- und Familiengewalt, des Sacheigentums (Ueberhangsrecht, Notweg), Verfahrens- und Strafvorschriften. Als gemeinsames Band zieht sich durch sämtliche Bestimmungen die Befehlsform. Mag es sich um den Grundsatz der Vergeltung handeln (Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto) oder um die freie Verfügungsmacht durch Rechtsgeschäft und Testament (uti lingua nuncupassit, uti leg ssit, ita ius esto) — stets läßt die Befehlsform das Recht in seiner wahren Eigenschaft als Gebot des Handelns erscheinen. — Das Recht wurde etwa ein Jahrhundert lang von priesterlichen Beamten (pontifices) als eine Art zunftgemäßer Geheimwissenschaft ausgeübt und ausgebildet und erhielt dadurch seine festen, klaren Grundzüge. Eine Zusammenstellung dieser Rechtsauslegungen gab das Flavische Rechtsbuch (ius civile Flavianum, 300 v. Chr.). Die Rechtsprechung geht dann an weltliche Beamte, die Prätoren, über, deren Antrittsprogramm (edictum) und Anweisungen in den einzelnen Rechtsstreitigkeiten (formula) die hauptsächlichsten Rechtsquellen werden. Insbesondere durch den in die formula aufgenommenen Arglisteinwand wird verhindert, daß die Gesetzesworte in einer ihrem Sinn und Zweck widersprechenden Weise angewendet werden (vgl. Esmarch, Römische Rechtsgeschichte, S. 43 ff.; Jhering, Geist des röm. Rechts, S. 404 ff).

**) Die Fassung dieser Volksgesetze ist demgemäß auf den Einzelfall abgestellt. Der Rechtssatz gibt für einen bestimmten Tatbestand unmittelbar eine bestimmte Rechtsfolge; ein selbständiges, ineinandergreifendes System abstrakter Rechtsbegriffe ist noch nicht aufgestellt. Die Bußen für Rechtsverletzungen sind für die einzelnen Fälle genau festgesetzt: Wer einen freien Franken tötet, hat als Wergeld 200 Solidi (die dem Wert einer Vollhufe entsprachen) zu entrichten; davon fallen Zweidrittel an die Sippe (und zwar je zur Hälfte an die engere Familie und an den Sippe-

Auch die Reception des römischen Rechts in Deutschland war eine richterliche Rechtsschöpfung. Denn erst nachdem die brauchbaren Grundsätze des römischen Rechts von der Rechtsprechung freiwillig übernommen worden waren, wurden sie als „des Landes gemeine Rechte" gesetzlich anerkannt. Ebenso war das als Aushilfsmittel und zur Rechtsergänzung herangezogene „Gewohnheitsrecht" reines Volks- und Richterrecht. Das englische Recht steht zum größten Teil noch heute auf dieser Entwicklungsstufe; denn es ist durchweg nur durch die Grundsätze der Rechtsprechung bestimmt.

Aus dieser Entwicklungsgeschichte geht schon hervor, daß es auch Recht ohne Gesetz gibt, daß das Recht nicht auf dem Gesetzesbegriff beruht, daß vielmehr umgekehrt der Gesetzesbegriff nur eine Verallgemeinerung der in der Praxis gefundenen Einzelentscheidung, nur ein Abbild der tatsächlichen Lebensordnung darstellt.

*

---

verband), Eindrittel als Friedensgeld an den Staatsverband (vgl. lex Rib. 89, lex Cham. 4) Das Wergeld ist nach den Ständen (Freie, Halbfreie, Unfreie; bei Sachsen und Friesen außerdem: Adel und Hochfreie) abgestuft, und zwar ist überall, vor jedem Gericht, das Stammesrecht des Verletzten maßgebend. Der Römer, für den ein Sippeverband nicht mehr bestand, hatte nur ein Wergeld von 100 Solidi, und zwar ohne Rücksicht darauf, welcher der Amts- und Berufskasten, zu denen die soziale Ordnung im spätrömischen Weltreich erstarrt war, er angehörte. (Vergl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, zu I, S. 332 ff.; 382 ff.; Monumenta Germ., Leges nat. Germ.).

2. Die Entwicklung des wissenschaftlich-begrifflichen Gesetzesrechts.

Eine begriffliche Zusammenfassung des durch die Rechtsprechung geschaffenen Rechtsstoffes erfolgte in Rom erst seit Beginn unserer Zeitrechnung durch die Rechtswissenschaft. Eine Zusammenstellung des römischen Rechts, die sich noch an die Einteilung der Zwölf-Tafel-Gesetze anlehnte, war zuerst von Qu. Mucius Suaevola (Consul 95 v. Chr.) gegeben worden. Die weitere wissenschaftliche Ausbildung des römischen Rechts wird durch den Gegensatz der Rechtsschulen der Proculianer und der Sabinianer gekennzeichnet. Die Entwicklung der beiden Schulen läuft durch mehrere Generationen selbständig nebeneinander her. Die Gegensätze werden aber mehr und mehr ausgeglichen, die trennenden Streitfragen werden bis auf wenige gelöst. Aus der Vereinigung jener beiden Anschauungsweisen geht die klassisch-vollkommene Jurisprudenz hervor, die durch die Namen Celsus, Julianus, Gajus, Papinian, Ulpian, Paulus bezeichnet wird. Seit der Zeit des Augustus war einzelnen Juristen das Vorrecht erteilt worden, in des Kaisers Namen Gutachten abzugeben (ex auctoritate principis respondere). d. h. die Gesetze mit bindender Kraft auszulegen. Kaiser Hadrian nahm hervorragende Juristen in seinen Staatsrat auf, der in Angelegenheiten der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung Gutachten abzugeben hatte. Auf dieser Verbindung der Rechtswissenschaft mit den praktischen Staatsaufgaben beruht die unmittelbare, lebensvolle Frische und Kraft der klassischen Darstellung. Jeder einzelne Satz ist praktisches Erlebnis, nicht theoretische Konstruktion. Durch das Recht der bindenden Gesetzesauslegung war der freie Geist der Rechtswissenschaft zu einer Quelle der Rechtsfortbildung geworden, die, unmittelbar aus den tatsächlichen Streitfällen entspringend, eine reiche Ausgestaltung des Rechts bewirkte.

Bei Meinungsverschiedenheiten der wissenschaftlichen Juristen stand dem Richter die Wahl zwischen den verschiedenen Ansichten frei (vgl. Gaius, Instit. I,7). Eine wesentliche Einschränkung dieser frei-verantwortlichen Rechtsbildung brachte schon das sogen. Zitiergesetz Valentinians III., das nur noch den Werken des Papinian,

Paulus, Gaius, Ulpian und Modestinus und der von ihnen Zitierten bindende Kraft zuerkannte und unter diesen selbst bei Meinungsverschiedenheiten die Stimmenmehrheit entscheidend sein ließ; bei Stimmengleichheit sollte die Ansicht Papinians maßgebend sein, und nur wenn dieser schwieg, blieb dem Richter die Wahl zwischen den entgegengesetzten Meinungen.

Die vollständige Umkehrung der Rechtsbildung erfolgte durch die gesetzliche Zusammenfassung des Juristenrechts im Corpus iuris Justinians (533), bestehend aus den Institutionen, Digesten, dem Codex und den Novellen. Die Institutionen sind eine Bearbeitung der Institutionen des Sabinianers Gaius, denen die Einteilung zugrunde liegt: Alles Recht bezieht sich auf die Personen (Staats- und Familienrecht), die Sachen (Vermögensrecht) oder die Klageformeln, bei denen die grundlegende Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Klageansprüchen gemacht wird. (Vgl. Gaius, Instit. I,8 und IV). Die Digesten sind in Anlehnung an die Einteilung der Ediktensammlung Julians (des edictum perpetuum) in der Weise zusammengestellt, daß aus den (etwa 250) Schriftwerken der bekanntesten Juristen passende Stellen entnommen und aneinander gereiht wurden. Im Codex sind in sachlicher Ordnung die Erlasse der römischen Imperatoren zusammengestellt. Die Novellen enthalten die nachträglichen Erlasse Justinians. Das Gesetzbuch nahm für sich in Anspruch, eine vollständige Ordnung der Rechtsverhältnisse zu geben. Es wurde zur alleinigen Rechtsquelle erklärt. Jede weitere Gesetzesauslegung und -fortbildung durch den Richter war damit ausgeschlossen. „Wenn irgend etwas zweideutig erscheint, so soll es durch den Richter an die höchste Stelle der kaiserlichen Gewalt berichtet werden. Ueber die Klarstellung soll die kaiserliche Autorität befinden, der es allein zusteht, die Gesetze zu geben und auszulegen“ (L. 2, § 21, c, 1, 17; Nov. 113, cap. 1 pr.).

Damit ist die Verschiebung der Grundlage des Rechts vollendet. Die selbständige Fortentwicklung des Rechts durch die Richtlinien des Praetors und durch die Gutachten der wissenschaftlichen Juristen hört auf. An die Stelle der tatsächlichen Lebensordnung, die vom Volk in freier Rechtsfindung aufrechterhalten wird, ist eine Gesetzesordnung getreten, die ihre Grundlage allein in der kaiserlichen Gewalt findet und von Beamten als unfreien Dienern des Gesetzes durchgeführt wird.

Das Corpus juris Justinians ist in der Fülle seiner Rechtsgedanken die Frucht eines Jahrtausends römischer Rechts- und Staatskunst. Es stellt aber zugleich die letzte Lebensäußerung des altrömischen Geistes dar; denn in der zentralisierten Form des Rechtsschutzes zeichnet

sich schon die Erstarrung der römischen Kultur ab. Der römische Staat ist zu einem buntgemischten Menschenchaos geworden, das seine Volkheit verloren hat, das keinen eigenen Rechts- und Kulturwillen mehr besitzt und nur von einer cäsarischen Gewalt zusammengehalten wird.

3. Der Gegensatz des begrifflichen und des praktischen Rechts in der weiteren Rechtsentwicklung.

Als jenes Schattenbild des ehemaligen römischen Staates durch das junge Volkstum der germanischen Völker verdrängt war, wurden auch jene erstarrten Rechtsformen durch die ursprünglicheren Volksrechte ersetzt. Erst nachdem sich das germanische (langobardische) Volkstum in Italien durchgesetzt und die Ergebnisse der griechisch-römischen Kultur in sich aufgenommen hatte, wurde auch das römische Recht zu neuem Leben erweckt. Insbesondere geschah dies durch die großen Rechtsschulen in Padua und Bologna (seit dem 12. Jahrh.). In den verschiedenen Zeitabschnitten der nunmehrigen Entwicklung zeigte sich aber gleich wieder die Zweiheit des Gesetzesrechtes ,d. h. die wissenschaftlich-begriffliche Systematik im Gegensatz zu dem praktischen Inhalt. „Beginnend mit der wissenschaftlichen Seite während der Zeit der Glossatoren wendet sich die Jurisprudenz in der Zeit der Postglossatoren einseitig der Praxis zu, um dann bei dem Wiedererwachen der Wissenschaft unter Berücksichtigung aller inzwischen gewonnenen Hilfsmittel mit äußerster Energie, aber zugleich mit derselben Einseitigkeit die erstere wieder aufzunehmen — ein unermeßlicher Dienst für die wissenschaftliche Erkenntnis des römischen Rechts, aber erkauft durch die Vernachlässigung der Interessen des praktischen Lebens. Der Rückschlag blieb nicht aus. Aber noch zweimal wiederholt sich das Schauspiel der Erneuerung der reinwissenschaftlichen Jurisprudenz. Das eine Mal am Anfang des 18. Jahrhunderts in Holland, das zweite Mal am Beginn des 19. Jahrhunderts in Deutschland. Ein solcher polarer Gegensatz zweier Mächte, von denen die eine bei ein und demselben Gegenstande einen gänzlich anderen Zweck verfolgt als die andere, wie sie die moderne Geschichte des römischen Rechts bietet, steht ohnegleichen da. Auf seiner Höhe zurzeit der Renaissance spitzt er sich zu der Schärfe zu, daß die hervorragendsten Werke in der einen Richtung in Bezug auf die Zwecke, welche die andere Richtung verfolgte, nahezu wertlos waren. Mit den Werken des Cujacius konnte derjenige, welcher das römische Recht anzuwenden hatte, ebenso wenig ausrichten, wie derjenige, dem es um die wissenschaftliche Erkenntnis desselben, um ein Eindringen in seinen Geist zu tun war,

mit den Werken des Bartholus und Baldus. Die Verschiedenheit des erstrebten Zieles schloß **eine** so gänzlich verschiedenartige Methode der Behandlung des Gegenstandes in sich, daß derselbe in der einen und anderen Gestalt kaum wiederzuerkennen war". (Ihering, Scherz und Ernst S. 354).

★

Auch in der deutschen Bearbeitung des römischen Rechtsstoffes machten sich die beiden Pole des Gesetzesrechts: Leben und Begriff, geltend und führten zu zwei ganz verschiedenartigen Behandlungsweisen des Rechts.

a) Die praktische Rechtsauffassung in der deutschen Rechtsentwicklung.

Zunächst kam nur der praktische Gehalt des römischen Rechts zur Geltung. Es entsprach dies der herrschenden Rechtsauffassung, der jede wissenschaftlich-begriffliche Verselbständigung des Gesetzesrechts unbekannt war. Die verschiedenen Rechtsbücher (insbes. der Sachsen- und der Schwaben-Spiegel, um 1235) und Stadtrechte (z. B. das Soester, Lübecker, Magdeburger) waren Privatarbeiten bezw. Ergebnisse der tatsächlichen Rechtsprechung, die sich ohne gesetzliche Grundlage allein durch ihre praktische Brauchbarkeit ihr Geltungsgebiet erobert hatten. Auch die Constitutio Criminalis Carls V. (1532) hat ohne bindende reichsgesetzliche Grundlage einige Jahrhunderte im größten Teil des deutschen Reichsgebietes gegolten. Ebenso erlangte das römische Recht zunächst nur als Ergänzung des einheimischen Rechts eine tatsächliche Geltung dadurch, daß die einzelnen von der neueren Bearbeitung (glossa) anerkannten Rechtsgedanken von der Rechtsprechung übernommen und so die Erfahrungen vergangener Jahrhunderte, die Rechtseinrichtungen eines fortgeschrittenen Wirtschaftssystems nutzbar gemacht wurden. *)

---

*) Der Schwabenspiegel umschreibt die Aufgabe des Richters treffend mit folgenden Worten: „Ein jeglicher Richter soll vier Tugenden haben: Das eine ist die Gerechtigkeit, das andere die Weisheit, das dritte ist Stärke, das vierte ist Maaß". (Schw.Sp. L. § 86). Hier ist also die Weisheit (das Wissen) nur als eine von vier Haupttugenden genannt. Deren erste ist die Gerechtigkeit, die moralische, wertende Eigenschaft des rechten Urteilens, als deren Unterarten die dritte und vierte Tugend, Stärke und Maß, anzusehen sind.

Auch die Tatsache, daß die Sprache der CCC „an Ernst und Kraft des Ausdrucks von keinem neueren Gesetzbuch erreicht wird" (Savigny, Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, S. 31), beruht im

Die Einheit von Recht und Leben wurde ferner von der naturrechtlichen Philosophie betont. Diese gründete sich auf die mittelalterlichen Rechtsauffassungen, die im wesentlichen auf die griechische Philosophie, insbesondere die Ethik des Aristoteles *) und die Lehren des Christentums, insbesondere den Gottesstaat des Augustinus **) zurückgingen.

Nach der Rechtsphilosophie des Thomas von Aquino (1225 bis 74) ist das höchste Gesetz die lex aeterna, der Wille Gottes. Die lex naturae, das natürliche Recht, verkörpert die Teilnahme der mensch-

---

wesentlichen darauf, daß ihr (in jedem Sinne blutvoller) Inhalt unmittelbar die schwere Verantwortung widerspiegelt, mit der bestimmt wird, daß es so rechtens sein **soll**, weil es so sein **muß** und nicht anders sein **darf** (während jene neueren Gesetzbücher sich häufig nur mit der kühlen, leblosen Feststellung begnügen, daß die Rechtslage so oder anders **sei**). Die Frage der Zurechnungsfähigkeit, die Tatbestände des Versuchs, der Notwehr, der Gehilfenschaft sind in der CCC in einer die folgenden Jahrhunderte bestimmenden Weise behandelt. (Vgl. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts § 9, S. 39 ff.; Brunner-Heymann, Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, § 61; Sohm, Fränkisches und römisches Recht.

---

*) Aristoteles (Nikomachische Ethik, V, 14) unterschied zwischen Gesetzesrecht und Billigkeit. Er erklärte, das Bestreben kultureller Entwicklung und Förderung liege als einheitliche Tendenz allem Recht zugrunde. Das Recht sei daher in seinen Einzelheiten ständiger Aenderung und **Fortbildung fähig**. Die Billigkeit müsse eingreifen, wenn das Gesetzesrecht gegen sich selbst wirke; denn als Durchschnittsrecht könne es nicht alle Fälle gleichmäßig beherrschen. Die großen griechischen Philosophen hatten daran festgehalten, daß das Recht wenigstens teilweise ein Geschenk der Götter, ein Teil der schaffenden Natur, sei. Nur den Sophisten (insbes. Archelaos) genügte das staatliche Gesetzesrecht allein als Grundlage ihrer sophistischen Konstruktionskünste (Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 37; Frank, Naturrecht, S. 6; Xenophon, Sokrateserinnerungen 44).

**) Augustinus bezeichnet in seiner Lehre vom Gottesstaat Gott selbst als den höchsten Gesetzgeber, dem alle irdischen Gesetzesgewalten sich beugen müßten. Seine Auffassung kennzeichnet dich durch folgende Fragestellung: Was würdest du tun, falls der Imperator das eine befähle und sein Prokonsul das andere? Würdest du Bedenken

lichen Vernunft an jenem ewigen Gebot. Die lex humana, das Gesetz, ist immer nur eine Abwandlung, eine Ausführung der ewigen Gebote des natürlichen und damit des göttlichen Rechts. Eine positive Satzung, die diesen ewigen Regeln widerspricht, verliert überhaupt ihren Rechtscharakter und damit jede rechtsverbindende Kraft. Sie wird zur rechtsungültigen Willkür. „Solchen Gesetzen darf man in keiner Weise gehorchen, weil man Gott mehr als den Menschen gehorchen muß".

Dieses Naturrecht ist jedoch nur in seinen ersten Prinzipien, nicht aber in seinen Folgerungen unveränderlich. Thomas von Aquino macht hier den Unterschied zwischen der spekulativen und der praktischen Vernunft. Während die spekulative die Erkenntnis gleichbleibender Wahrheiten erstrebe, habe die praktische Vernunft die Aufgabe, aus denselben Grundgedanken die verschiedensten praktischen Gebote abzuleiten. Es handele sich bei ihr nicht nur darum, das Richtige zu erkennen, sondern darum, denselben richtigen Grundsatz in seiner Wirkung nach den verschiedenen Seiten hin auszugestalten. Daher seien auch die einzelnen Gesetze veränderlich und entwicklungsfähig. *)

---

tragen, dem Gebot des Kaisers zu folgen? Und kannst du dann zweifeln, was zu tun sei, wenn Gott das eine befiehlt und der Imperator das andere? (Vgl. Haymann, Naturrecht und positives Recht, Zeitschr. f. d. Rechtsphilosophie, 1914, S. 240).

---

*) I 2 zu 94 a 5:

„Das natürliche Recht, obgleich es bezüglich seiner allgemeinen Grundsätze unveränderlich ist, muß doch insofern als veränderlich bezeichnet werden, als viel Nützliches ihm hinzugefügt und manche Eigenheiten aus ihm entfernt werden können, die der Geltung des Gesetzes im Wandel der Zeiten hinderlich sein könnten. Feste Grenzen werden von der praktischen Vernunft nur durch ihre Richtung auf das letzte Ziel, das Allgemein-Nützliche, aufgerichtet. (Firmiter nihil stat per rotionem practicam, nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune). — Der menschlichen Vernunft scheint es zu entsprechen, daß sie schrittweise vom Unvollkommenen zum Vollkommenen gelange. Die menschliche Vernunft ist veränderlich und unvollkommen, und daher sind auch ihre Gesetze veränderlich". (vgl. Ihering, Zweck im Recht, I, S. 216; Kohler, Lehrb. der Rechtsphil. § 22).

Auch das weltliche Naturrecht, das sich im Geiste der Renaissance von den theologischen Gedankengängen freimachte, betonte die praktische Seite der Rechtsnormen. Hugo Grotius erklärte in seinem grundlegenden Werk De jure belli ac pacis (1625) dasjenige für Recht, was den vernünftigen Gesetzen der menschlichen Gesellschaft entspricht. Injustum est, quod naturae societatis ratione utentium repugnet. Dieses Naturrecht habe Bestand, auch wenn man unterstelle, daß Gott nicht sei. Die naturrechtliche Philosophie bezeichnete die Natur selbst als die Grundlage des Rechts; sie erklärte die naturgemäße, vernünftige Ordnung des Lebens für das allein richtige Recht, dem jede positive Norm sich beugen müsse. Sie ermöglichte dadurch eine sinngemäße Fortbildung der bestehenden Rechtsnormen. Die naturrechtlichen Lehren gaben die theoretische Begründung für die Durchführung praktischer Rechtsänderungen ab, und sie haben dadurch dem Rechtsfortschritt auf allen Gebieten des öffentlichen und privaten Rechts wertvolle Dienste geleistet (vgl. Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht S. 17, 20 ff.).

Unter weitgehender Einwirkung naturrechtlicher Ideen wurde der Rechtsstoff in den führenden deutschen Staaten Oesterreich und Preußen in praktische Gesetzesformen gebracht. Das Preußische Allgemeine Landrecht (1794) ist eine hervorragende Ordnung des Rechtsstoffes, in dem die lebenswahreren Grundsätze des deutschen Sachenrechts (Guter-Glaube-Erwerb) voll zur Geltung kommen. Es gibt in seinen 20 000 Bestimmungen eine ins Einzelne gehende Darstellung des Rechts. Vor allem ist dem Richter bei der Durchführung der Rechtsordnung die nötige Freiheit gelassen. Er hat die Gesetze in dem Sinne anzuwenden, welcher „aus den Worten und dem Zusammenhang derselben oder aus dem nächsten unzweifelhaften G r u n d e d e s G e s e t z e s deutlich erhellt" (Einl. § 46). Er hat die Gesetzeslücken „nach den vom Landrecht angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen seiner besten Einsicht gemäß" auszufüllen (ALR. Einl. § 49). Findet er den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so hat er nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung des Gesetzes zu entscheiden (Novelle vom 11. 4. 1803). In beiden Fällen soll er dem Chef der Justiz von dem Mangel Anzeige machen.

Hier ist also in vorbildlicher Weise einerseits durch die Stellung des frei-verantwortlichen Richters eine erhebliche Dezentralisation des Rechtsschutzes vorgenommen, andererseits zur Fortbildung der Gesetzesbestimmungen eine Zusammenarbeit von Rechtsprechung und Gesetzgebung vorgesehen.

b) Die Entwicklung des wissenschaftlichen Gesetzesbegriffs.

Eine einheitliche deutsche Rechtsordnung wurde auch nach den Befreiungskriegen nicht geschaffen, da es an einem einheitlichen Staatswillen fehlte. Um so mehr wurde die wissenschaftlich-begriffliche Seite durchgebildet, für die ebenfalls schon in den vergangenen Jahrhunderten die Vorbedingungen geschaffen waren.

Das römische Recht war aus einem ergänzenden Aushilfsmittel zum herrschenden System geworden. Auf den seit der Mitte des 15. Jahrhunderts entstehenden Universitäten wurde nur das römische und kanonische Recht gelehrt, und daher war auch die Spruchpraxis der Juristenfakultäten auf dem fremden Recht aufgebaut. Das im Jahre 1495 begründete Reichskammergericht sollte zur Hälfte aus gelehrten Juristen bestehen, und durch den von ihnen zu leistenden Eid, „zu richten nach des Reichs gemeinen Rechten", war auch das römische Recht mit umfaßt. Die „redlichen, ehrbaren und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstentumb, Herrschaften und Gerichte" mußten „für sie pracht", also wie eine Tatsache bewiesen werden *).

Mochte nun in dem glossierten und postglossierten römischen Recht auch mancher praktische Rechtsgedanke niedergelegt sein — in seiner Gesamtheit war und blieb es doch ein fremdes Recht, das zu andern Zeiten, unter anderen Wirtschaftsbedingungen (Sklaverei!) entstanden, in einer fremden Sprache niedergelegt und durch die Arbeit von Jahrhunderten vermehrt und vermengt war, eine ungeheure, unübersichtliche Masse von Rechtssätzen, die viel zu umfangreich war, als daß sie sogleich hätte verarbeitet und beherrscht werden können. An die Stelle des Volksrichters, der Leben und Recht beherrschte, trat der „der Rechte kundige" Stadtschreiber, Dr. juris utriusque aus Padua, Bologna oder Paris, der von der Fülle des fremden Rechtsstoffes beherrscht wurde und über das einheimische Recht bewußt hinwegsah **). Die Masse des römischen Rechts galt als **das** Recht, als ratio scripta, als schriftgewordene Gerechtigkeit, die

---

*) Nur in dem Geltungsbereich des Sachsenspiegels und in den politisch und wirtschaftlich unabhängigeren Städten wie Hamburg, Lübeck, Bremen, Magdeburg, Braunschweig wurde dem Eindringen des fremden Rechts ein stärkerer Widerstand entgegengesetzt. (Vgl. Brunner-Heymann, Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, § 61).

**) Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 266; Schröder, Lehrb. d. Deutsch. Rechtsgeschichte, S. 867; Brunner-Heymann, Grundzüge d. Deutsch. Rechtsgesch. § 61.

man nur auszusprechen, keinesfalls aber den Erfordernissen dieses Lebens anzupassen brauchte. Daß diese hohe Auffassung vom römischen Recht nicht durchweg auf wirklicher Beherrschung und geschichtlicher Erfassung des Rechtsstoffes beruhte, geht u. a. daraus hervor, daß es selbst zu Savignys Zeiten „unter den zahlreichen Systemen des römischen Rechts noch keines gab, welches das Recht in eigener selbständiger Form zu lebendiger Anschauung gebracht hätte". *)

Erst in dem folgenden halben Jahrhundert deutscher Rechtswissenschaft werden die römisch-rechtlichen Quellen mit wissenschaftlicher Gründlichkeit bearbeitet. Dieser glänzende Abschnitt wissenschaftlicher Rechtsentwicklung wird durch Savigny eröffnet, dessen Recht des Besitzes (1803) das Vorbild für die juristische Bearbeitung des römischen Rechts wird. Durch Savigny, Sintenis, Windscheid, Vangerow, Wächter, Puchta, Jhering wurde der Rechtsstoff in systematische Formen gebracht. Es handelt sich bei dieser dogmatischen Bearbeitung des Rechts jedoch nicht so sehr um die Aufstellung einer tatsächlichen, gegenwärtigen Rechtsordnung, als vielmehr um die wissenschaftliche Ordnung des römischen Rechtsstoffes, um die deutsche Renaissance des römischen Rechts. So wird in dem (wissenschaftlich hervorragenden) Werk Savignys über das Recht des Besitzes die äußerst praktische moderne Fortbildung des Besitzschutzes, nämlich das der heutigen einstweiligen Verfügung entsprechende summariissimum, ohne weiteres als nichtrömisch, als „Irrtum neuerer Rechtslehrer" abgetan.

Die Uebermacht des wissenschaftlichen Begriffs fand eine weitere Stütze in den herrschenden rechtsphilosophischen Gedankengängen. Das Naturrecht, das durch die Forderung der Vernunftgemäßheit des Rechts zunächst die Starrheit der geltenden fremden Rechtsnormen mit Erfolg bekämpft hatte, war inzwischen selbst zu einem geschlossenen System theoretischer Lehrsätze ausgestaltet worden, das sich allein auf die „Vernunft" stützte und aus einer ununterbrochenen Kette logisch-philosophischer Schlußfolgerungen bestand. Dieses Vernunftrecht, das sich nach Art der Mathematik aus einer Reihe rein logischer Konstruktionen mit Ober-, Unter- und Schlußsatz zusammensetzte, nahm für sich in Anspruch, ein für alle Zeiten und Völker geltendes unwandelbares Menschheitsrecht zu sein. Leibniz hatte es übernehmen wollen, das gesamte Recht durch vernunftgemäße Folgerungen aus einem einzigen Prinzip abzuleiten. Dieser Plan wurde von seinem Nach-

---

*) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 29.

folger Christian Wolff verwirklicht. In dem (über 6000 Seiten fassenden) naturrechtlichen Werk *) stellt er das gesamte Recht als die vernunftgemäße Auswirkung des einen Grundsatzes der Vervollkommnung des Menschen dar. In dem System seiner Schule bilden die geltenden Gesetze nur eine Art Ausführungsbestimmungen zum Naturrecht. Aber mochten in diesem System die naturrechtlichen Grundgedanken anerkennenswert sein (vgl. oben S. 69) — in seinen Einzelheiten gehört jenes ausgebildete, „logisch“ durchkonstruierte Vernunftrecht zu dem „Gedankenärmsten, Trostlosesten und Philisterhaftesten, was im ganzen Bereich der Menschheitsgeschichte zu entdecken ist“ (Kohler, Geschichte der Rechtsphilosophie, S. 44). Mit dem Grundsatz der Freiheit sollte eine wirkliche elterliche Gewalt **), mit dem Grundsatz der Gleichheit sollte eine Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse nicht vereinbar sein. Man „bewies“ durch logische Konstruktionen, daß alle Rechte unverletzlich, also auch unverjährbar seien ***) und kehrte demgemäß natürlich zu dem „logischen“ Rechtssatz zurück: „Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat“, erklärte also den guten Glauben des Erwerbers für rechtlich bedeutungslos ****). Die Schwierigkeiten und Unbilligkeiten der praktischen Durchführung konnten den Bestand dieser ewigen Wahrheiten nicht beeinträchtigen. An Stelle der Natur hatte man die „Vernunft“, an Stelle der bunten Fülle des tatsächlichen Rechtslebens hatte man ein dürres, gekünsteltes System abstrakter Gedanken gesetzt, die sich als die Verkörperung ewiger Wahrheiten und unwandelbarer Menschheitsrechte ausgaben, in Wirklichkeit aber nur eine Uebertreibung der derzeitigen Ideen von der Freiheit und Gleichheit der Menschen darstellten. Das Wort Vernunft war das Zaubermittel, durch das jeder Gedanke in einen geltenden Rechtssatz verwandelt werden konnte *****). Das Naturrecht war, wie Windscheid richtig formulierte,

*) Chr. Wolff, Jus naturae. 1740.

**) Hufeland, Naturrecht, § 379; vgl. dazu Herbart, Naturrecht und Moral, S. 100.

***) Hufeland, Naturrecht, § 148; § 328.

****) Wolff, Jus naturae, Pars III, cap. I, § 1 ff.

*****) Als Beispiel seien die Ausführungen über die Grenzen des Rechts aus der Schrift „Kritik des natürlichen Rechts“ von Feuerbach (1796) angeführt: „Die Vernunft ist in allen vernünftigen Wesen gleich. Was sie daher in das eine Subjekt setzt, setzt sie auch in alle; die Rechte, die sie einem gibt, gibt sie auch allen. Hätte ich nun das Recht, ein anderes vernünftiges Wesen als Mittel zu be-

„ein durch aprioristische Konstruktion gefundenes Recht geworden, dessen Inhalt im gegebenen Falle nur dasjenige bildete, was der Konstruierende für wahr hielt". Die logische Konstruktion, der Begriff selbst, war das Wesentliche an der Rechtsordnung geworden, und damit war die ursprüngliche Grundlage allen Rechts, das wirkliche Leben, vollständig aufgegeben. Ein bezeichnendes Beispiel für diese Begriffsjurisprudenz gibt auch Jhering (Scherz und Ernst, S. 338). Er sagt, er habe im Sinne der damaligen juristischen Methode die Absicht gehabt, eine Lehre vom Sachenrecht zu entwerfen, bei der er mit den rein formalen Kategorien von Form und Substanz, Einheit, Identität, Modalität usw. das römische Sachenrecht in streng logischer Weise habe aufbauen wollen. Daß für die gesetzgeberische Gestaltung andere Gesichtspunkte in Betracht kommen müssen als diejenigen einer apriorisch logischen Konstruktion, davon habe er damals keine Ahnung gehabt.

Die Gegenwirkung gegen diese naturrechtlichen Uebertreibungen bildeten die historische und die positivistische Rechtsauffassung.

Die historische Schule, von Savigny und Eichhorn begründet, betonte die geschichtliche Entstehung des Rechts und sah als den eigentlichen Rechtsschöpfer den „Volksgeist", das allgemeine Rechtsempfinden an. Aber auch sie stellte es nicht auf die gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse ab, sondern richtete ihren Blick in die Vergangenheit der römischen und germanischen Rechtsentwicklung, deren wissenschaftliche Erforschung ihr Hauptziel war.

Die positivistische Lehre behauptete die unbedingte alleinige Geltung der gesetzlichen Normen. Sie gipfelte in der Ansicht von Bergbohm (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892), daß das positive Recht in jedem Augenblick ein vollständiges Ganzes sei, das durch

handeln, so hätte ich das Recht, die Rechte des andern zu kränken — welches ein Widerspruch der Vernunft mit sich selbst sein würde. Denn alsdann zerstörte sie die Rechte, die sie selbst gegeben hat. Sie vernichtete durch Rechte, die sie mir gegeben, die Rechte, die sie andern gegeben, sie zerstörte ihr eigenes Werk und wäre — eine unvernünftige Vernunft. Sie muß daher dem Gebiet der Rechte Schranken setzen, d. h. sie kann nur solche Handlungen sanktionieren, wodurch die Rechte anderer nicht gekränkt werden. Das Schweigen der rechtegebenden Vernunft bestimmt also die Grenzen des Rechts. Soweit die Vernunft Handlungen sanktioniert, soweit habe ich Recht; wo die Vernunft nicht sanktioniert, da habe ich kein Recht, da ist die Grenze aller Rechte, und ich tue ein Unrecht, wenn ich diese Schranken überschreite".

seine eigne „logische Expansionskraft“ alle Rechtsbeziehungen ordne. Kelsen (Die Idee des Naturrechts, Zeitschr. f. öff. Recht 1928, S. 221) erkennt den Sollenscharakter der positiven Rechtsnormen nur insofern an, als sie mit staatlicher Zwangsgewalt ausgestattet sind, nicht deswegen, weil sie in ihrem Inhalt ein zweckhaftes, richtiges Sollen verkörpern. Er warnt vielmehr vor dem „Fehler, das Sollen des positiven Rechts mit der Idee des Guten, Richtigen, Gerechten in einem materiellen Sinne gleichzusetzen“. In das positiv-rechtliche System, das in nichts als in der Verknüpfung eines bestimmten Tatbestandes mit einem Zwangsakt bestehe, dürften die hier gänzlich deplacierten und überflüssigen naturrechtlichen Imperative nicht hinübergenommen werden. Denn für die Rechtsanwendung komme es nicht so sehr darauf an, daß das absolute Richtige ermittelt, als darauf, daß des Streites ein Ende werde. An die Stelle des Ideals der Gerechtigkeit trete mit dem Prinzip der Rechtskraft das Ideal des Friedens. Dieses Kelsen'sche Ideal des Friedens gleicht allerdings der Ruhe eines Friedhofs, auf dem das richtige Recht des Lebens unter den Grabsteinen der Gesetze friedlich bestattet ist. Um sich vor dem Subjektivismus der naturrechtlichen Vernunftbegriffe zu retten, nimmt der Positivismus seine Zuflucht bei einer andern Begriffsart, nämlich dem strengen Gesetzeswort.

Die drei sich bekämpfenden Richtungen stimmten in dem einen Punkte miteinander überein, daß sie den abstrakten Begriff zur Grundlage ihres Rechtssystems machten. Mochte man das Recht mit der naturrechtlichen Schule auf philosophische Vernunftbegriffe, mit der historischen Schule auf geschichtlich-wissenschaftliche Forschungsergebnisse oder mit der positivistischen Lehre auf das strikte Gesetzeswort aufbauen — in jedem Falle wurde dem Begriff eine überragende Macht zuerkannt. Die begriffliche Ordnung erlangte eine selbständige Geltung neben und über der Ordnung des wirklichen Lebens.

Radbruch (Rechtswissenschaft und Rechtsschöpfung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1906, S. 355) weist darauf hin, daß der juristischen eine gleichzeitige theologische Gesetzesgläubigkeit entsprach, die auch die Lückenlosigkeit, Geschlossenheit und vollständige Einheit aller Teile des alten und neuen Testaments lehrte und das Gesetz als die alleinige Quelle aller Offenbarung ansah.

Spengler (Der Untergang des Abendlandes) kommt in seinem großen kulturgeschichtlichen Werk, in dem er sich auch eingehend mit den Erscheinungen des Rechts befaßt, zu dem Ergebnis, daß die abendländische Menschheit auf dem Standpunkt begrifflich-wissenschaftlicher Erstarrung angelangt sei, der den ersten nachchristlichen Jahr-

hunderten der griechisch-römischen Kultur entspreche und der in wenigen Jahrhunderten zu dem unabwendbaren Untergang der abendländischen Kultur führen müsse. Daß diese Voraussage sich unbedingt bewahrheiten muß, mag zu bestreiten sein. Jedenfalls aber enthält der Hinweis auf die Kulturerstarrung, zu der die Herrschaft des „Geistes“, d. h. des Begriffes, geführt hat, eine treffende Kennzeichnung der Zeit (wie auch der Grundzug dieses wissenschaftlich hervorragenden Werkes selbst, vom Standpunkt des beurteilenden Wollens, als ein Selbstmordversuch der abendländischen Kultur bezeichnet werden muß *).

Die Anschauung, daß die begriffliche Ordnung vollkommen und unfehlbar sei und daß die Entscheidung sich in jedem Falle aus diesem logischen System ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse fällen lasse, daß jede Rechtsentscheidung nur eine logische Konstruktion des Rechtsbegriffes und nicht eine wertende Beurteilung des Ergebnisses und der wirtschaftlichen Zwecke des Gesetzes erfordere, wurde nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch unter den wissenschaftlich geschulten Praktikern herrschend. Die Richterrobe konnte ihre Herkunft, ihre Aehnlichkeit mit dem Professorenmantel nicht verleugnen. Es fehlte das Gefühl dafür,

---

*) Spengler dürfte die Kraft vorhandenen gesunden Volkstums unterschätzen. Die für das Schicksal der Kultur entscheidende Frage ist, ob noch ein lebendes organisches Volkstum oder nur eine beherrschte Masse vorhanden ist. Für deren Beantwortung hat die hier angestellte Untersuchung, in welchem Grade sich das Volk an seinem Rechtsleben beteiligt, ausschlaggebende Bedeutung. (Sie ist wichtiger als die Frage nach dem Inhalt und dem Zustandekommen der Gesetze, aus der sich nur ein Urteil über die obere Regierungsmaschinerie herleiten läßt). Für die Frage, ob eine lebende Rechtsordnung oder eine starre Zwangsordnung besteht, ist entscheidend, inwieweit das Volk selbst sich als Inhaber (nicht nur als Gegenstand) der Rechtsordnung, als die lebende Staatsgewalt fühlt. Es muß daher als ein sehr bedenkliches Zeichen erscheinen, wenn selbst der Teil des Volkes, dem die wichtigste innenpolitische Staatsaufgabe übertragen ist, sich nicht als lebende Verkörperung der Staatsgewalt, sondern nur als unfreies Werkzeug der Gesetzesbegriffe ansehen würde. Daß eine Neigung zu dieser Einstellung in der Zeitrichtung lag, wird von Spengler an den verschiedensten Kulturerscheinungen auf sämtlichen Gebieten nachgewiesen. (Bd. I Einl. Abschn. 5 bis 14 und Zeittafel a. E. der Einl. / Bd. II Cap. 1, Abschn. 13 ff., insbesondere 19. / Neubau des Deutschen Reiches, Abschn. 4).

daß insbesondere die rote Robe der höchsten Richter ein Stück Königsmantel, ein Stück lebender, schaffender Staatsgewalt sei. Der beamtete Richter hatte vor allem den Stolz, ein treuer Diener des Gesetzes, also des geschriebenen Rechts zu sein, statt sich in erster Linie als „Diener des Staates", d. h. der wirklichen lebenden Rechtsordnung, zu fühlen. Er hatte nicht in entsprechendem Maße das Bewußtsein verantwortlicher Mitbestimmung, nicht den Willen zur Macht der Rechtsgestaltung, nicht die Freude an der selbständigen Ausübung von Staatsgewaltbefugnissen.

Die an eine philosophische Abhandlung erinnernde Begriffsbestimmung der Eisenbahn in R.G. Bd. I, S. 252 ist als Kennzeichnung der herrschenden Denkweise in jedem Wort ein kulturgeschichtliches Denkmal, da sie die Art, den Rechtsinhalt aus einer möglichst weitgehenden Begriffsbestimmung abzuleiten, deutlich wiedergibt.*) Aus dem Begriff der Eisenbahn als eines sich auf Schienen ... usw. bewegenden Unternehmens wird gefolgert, daß die Gefährdungshaftung auch auf Arbeitsbahnen, die zu vorübergehenden Zwecken angelegt sind, anzuwenden sei. Demgegenüber muß festgestellt werden, daß die mechanische Konstruktion, die metallische Unterlage usw. nicht das Geringste mit der Gefährdungshaftung zu tun hat. Es konnte nur nach dem gesetzgeberischen Grund und Zweck der Vorschrift gefragt werden, der darin besteht, daß ein öffentliches Unternehmen, welches einerseits aus der Verbindung mit der Allgemeinheit seinen Nutzen zieht, andererseits aber auch die Allgemeinheit gefährdet, die durch seinen Betrieb entstehenden Schäden ohne weiteres ersetzen soll. Insbesondere gilt das für monopolisierte Großbetriebe wie die Eisenbahn und für andere

---

*) RG. 1, S. 252: „Eine Eisenbahn ist ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen und Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen bezw. die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektrizität, tierischer oder menschlicher Muskeltätigkeit, bei geeigneter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere, der Transportgefäße und deren Ladung usw.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist".

gewerbliche Anlagen, deren Betrieb behördlich genehmigt ist und daher von Dritten nicht untersagt werden kann (vergl. § 26 Gew.-Ordnung; RG. 47, 98; 104, 18). Mag man sich auf Grund dieser Erwägungen auch dazu entschließen, die Gefährdungshaftung auch auf die Schäden, die durch eine Arbeitsbahn entstehen, auszudehnen — mit der Glätte der metallischen Unterlage hat dies nicht das Geringste zu tun. Denn die Rechtsordnung ist keine auf den Schienen der Begriffe laufende mechanische Ordnung der Dinge, sondern eine auf wirtschaftliche kulturelle Zwecke abgestellte moralische Ordnung des Lebens.

Ebenso kennzeichnend ist es, wenn in RGStr.32, S. 181 verneint wird, daß die Ableitung elektrischer Kraft aus einer fremden Leitung Diebstahl sei, und wenn ein besonderes Gesetz erlassen werden mußte, um die Entwendung elektrischer Energien unter Strafe zu stellen *). Die Entscheidung übersieht, wie Bozi (Die Weltanschauung der Jurisprudenz, S. 63) mit Recht betont, daß der § 2 StGB., der eine erweiternde Anwendung des Strafgesetzes ausschließt, nicht von der Pflicht befreit, die Gesetzesworte sinngemäß auszulegen. Bei der Auslegung des § 242 StGB. wäre aber zu beachten gewesen, daß in dem Tatbestandsmerkmal „fremde bewegliche Sache" das Wort „bewegliche" ganz nichtssagend und bedeutungslos ist; denn es ist unmöglich, eine unbewegliche Sache wegzunehmen. Würde man aber Teile eines Grundstücks erst beweglich machen und dann wegnehmen (z. B. aus einer fremden Grube Kies oder Lehm abfahren), so beginge man zweifellos einen Diebstahl. Es bleibt nur der Begriff „fremde Sache". Dabei hat das Wort „Sache" nur die Bedeutung von Objekt, Gegenstand. (In der Rechtssprache des bei Erlaß des StGB. geltenden Preuß. Allgem. Landrechts umfaßte der Begriff „Sache" jeden Rechtsgegenstand, auch Rechte usw., nicht nur, wie im BGB., körperliche Sachen). Der Schwerpunkt des Verbots, fremde Sachen wegzunehmen, liegt in dem Worte „fremd". Das fremde Eigentum soll nicht verletzt werden. Dieses Verbot, diese moralische Sollensnorm, bildet den Inhalt des § 242. Er enthält also nur die der modernen begrifflichen Denkweise entsprechende Ausdrucksform des uralten Staatsgrundgesetzes: „Du sollst nicht stehlen". Die Aufrechterhaltung des Eigentumsschutzes ist dem Richter durch § 242 StGB. zur Pflicht gemacht, und er verletzte diese Grundlage jeder Rechts- und Staatsordnung, wenn er in jener Entscheidung dem Beklagten zu seinem eigenen Erstaunen eröffnete, daß er durch die Ableitung elektrischer Energien

*) Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektr. Arbeit vom 9. IV. 1900.

aus einer fremden Leitung einen Diebstahl nicht begangen habe.

Die großartige Entwicklung der begrifflichen Rechtswissenschaft hatte dazu geführt, daß auch in der Rechtsprechung die reine Durchführung der Begriffe als die Hauptsache angesehen wurde, daß dagegen der tatsächliche Schutz der Rechtsordnung nur als Nebensache erschien. Das wirkliche Leben war nur der Gegenstand, an dem jene begrifflichen Wahrheiten sich zeigen konnten.

Diese Denkweise fand ihren krassesten Ausdruck in der Einstellung, die Richter und Gesetzgeber gegenüber der Geldentwertung eingenommen haben. *) Nachdem die Mark auf ein Tausendstel, ein

---

*) Die Aufwertung war nicht etwa ohne geschichtliches Vorbild. Schon in den alten griechischen Staaten hielt man es für notwendig, in den Bürgereid das Versprechen aufzunehmen, keine Landteilungen und keine Niederschlagung der Schulden (in Rom novae tabulae genannt) zu befürworten. Im Jahre 49 v. Chr. hatte Caesar nach voraufgegangener Geldentwertung Schlichtungsausschüsse für Darlehnsschulden eingesetzt, die den Vorkriegswert der belasteten Grundstücke des Schuldners feststellten und demgemäß die Schuld festsetzten, von der sich der Schuldner durch Hingabe des Grundstücks befreien konnte. Im Mittelalter spielte die Umwertungsfrage wegen der fortgesetzten Verschlechterung der Münzen eine große Rolle. Nach dem 30jährigen Kriege waren in verschiedenen deutschen Ländern die Grundstücke nach ihrem Vorkriegswert neu geschätzt und im Verhältnis zu ihrer Hypothekenbelastung zwischen Gläubiger und Schuldner geteilt worden. Nach dem Siebenjährigen Krieg ordnete Friedrich der Große an, daß alle Schuldner, die ihren Gläubigern die Darlehen aufkündigten, das erhaltene gute Geld, d. h. dieselbe Münzsorte zurückzahlen oder ein entsprechendes Aufgeld leisten sollten. Damit war den Schuldnern die Möglichkeit genommen, sich von ihren Schulden durch weitere Verschlechterung des Geldes zu befreien. In der französischen Revolution sank der Wert des Papiergeldes, der Assignaten, bis Ende des Jahres 1796 auf 1/300 des Nennwertes herab. Nach Wiedereinführung des Metallgeldes wurden im nächsten Jahre Umwertungstabellen für jedes Departement aufgestellt, nach denen alle seit dem Jahre 1790 eingegangenen Schulden zu Metallgeldschulden umgerechnet wurden. Eine besondere Regelung wurde für die Aufwertung von Restkaufgeldforderungen, Leibrenten, Ansprüchen aus Teilungen, familien- und erbrechtlichen Schulden getroffen. Falls der Verkäufer eines Grundstücks in der Zeit der Assignatenentwertung erheblich geschädigt war, konnte der Kaufvertrag durch das Gericht aufgehoben

Millionstel, ein Milliardstel ihres Wertes gesunken war, wurde noch immer der Grundsatz aufrecht erhalten: „Mark ist gleich Mark". Die Richtigkeit dieses Satzes wurde als eine unangreifbare Wahrheit, die keiner weiteren Rechtfertigung bedürfe, aus dem Währungsgesetz abgelesen. Durch das Gesetz vom 4. August 1914 (RG. Bl. 326, 347) war als Kriegsnotmaßnahme die Verpflichtung des Staates, d. h. der Reichsbank, Geldnoten in Gold einzulösen, aufgehoben worden. Durch diese Gesetzesbestimmung war aber das Wesen des Geldes als eines Werttauschmittels nicht abgeändert. Sie schloß nicht aus, im Verhältnis zweier Vertragsparteien als Recht beizubehalten, daß der Empfänger einer wertbeständigen Leistung das vereinbarte Entgelt in einigermaßen gleichwertiger Form zahlen müsse. Diese wirtschaftlichen Erwägungen wurden jedoch gegenüber dem Wortlaut der Währungsgesetze nicht angestellt. Das starre Festhalten an dem Goldwert der Mark wurde nicht etwa damit begründet, daß die Mark als Wertmesser beibehalten werden müsse, um ihr völliges Absinken zu verhindern. Solche wirtschaftlichen Bedenken hätten sich widerlegen lassen. Denn gerade dadurch, daß der Aussteller von Papiergeld es niemals vollwertig wieder einzulösen brauchte, war für Jeden, der einer Druckerpresse habhaft werden konnte, der Anreiz gegeben, Papiergeld herauszugeben. Gerade durch dieses unehrliche System wurde der Mark jeder Halt genommen. Sie fiel mit der zunehmenden Geschwindigkeit des Fallgesetzes ins Bodenlose. Diese Abwärtsbewegung konnte natürlich nicht dadurch aufgehalten werden, daß man ihr zusah, bezw. gewaltsam die Augen schloß und sich so stellte, als sei nichts geschehen, als sei die Papiermark noch gleich der Goldmark. Bezeichnend ist die (heute kaum noch verständliche) Selbstverständlichkeit, mit der man das Gesetz unter gänzlich veränderten Umständen weiter anwandte, die Unbekümmertheit, mit der man die tatsächlichen Veränderungen außer Acht ließ, die Gesetzesgläubigkeit, mit der man feststellte, Mark sei gleich Mark, ohne zu fragen, ob die Papiermark der Goldmark noch gleichgesetzt werden dürfe.

Diese neue Einstellung drang erst mit der Aufwertungsrechtsprechung durch, und damit kam die praktische Seite des Rechts wieder zur Geltung, deren Berücksichtigung schon seit Jahrzehnten von den

---

werden, sofern nicht der Käufer noch nachträglich den „gerechten Preis" zahlte. (Vgl. die — nachträglich im Jahre 1925 verfaßte! — Aufwertungsdenkschrift des Reichsfinanz-Ministeriums DJZ. 1925, Heft 4; Sombart, Der moderne Kapitalismus Bd. 1, S. 398 ff.; Helfferich, Das Geld).

bedeutendsten Vertretern des Rechtslebens, insbesondere von Ihering, verlangt worden war.

c. Die praktische Rechtsauffassung.

Daß nicht der starre Buchstabe, sondern der Sinn des Gesetzes, der Wille des Gesetzgebers maßgebend sei, war auch von denjenigen erklärt worden, die den Gesetzesbegriff auf den Richterstuhl erhoben hatten *).

Die Savigny'sche Rechtsschule kannte daher außer der grammatischen die logisch-systematische Auslegung. Während die erstere sich auf den Wortlaut der Einzelbestimmung bezog, stützte sich die letztere auf das Ganze der Rechtsordnung, auf den Zusammenhang der einzelnen Rechtssätze. (Savigny System, Buch I, Cap. IV, §§ 33, 35). Windscheid forderte, der Auslegende solle sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente, insbesondere der Gesetzesmaterialien möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineindenken; er habe gegenüber dem ausgedrückten Willen des Gesetzgebers dessen eigentlichen Willen zur Geltung zur bringen. (Windscheid, Pandekt Bd. I, §§ 20, 22).

Ebenso stellte die Bergbohm'sche Lehre (Vgl. oben S. 45), daß die Rechtsordnung in jedem Augenblick ein vollständiges Ganzes sei, mehr eine Forderung als eine Wahrheit dar. Sie verlangte, daß die Rechtsordnung als ein vollständiges Ganzes, als eine logische Ordnung behandelt werde. Es sollte also nicht das Gesetzeswort in seiner buchstäblichen Durchschnittsbedeutung gelten, sondern der Sinn des Gesetzes. Immerhin setzte aber diese Auffassung noch die juristische Gesetzesauslegung der philologischen Schriftauslegung gleich, die nur das Erkannte noch einmal zu erkennen, das Gedachte noch einmal zu denken hat. Sie unterstellte, daß die Umgrenzung der Gesetzesworte sich aus der Gesamtheit der Begriffe durch begriffliche Konstruktion, ohne wertende Beurteilung des praktischen Ergebnisses ermöglichen lasse.

Diese Begriffsjurisprudenz der Savigny'schen Schule hat

---

*) So hatte Justinian angeordnet: Zweifellos muß auch derjenige dem Gesetz unterstellt werden, der sich an die Worte des Gesetzes hält, aber gegen den Willen des Gesetzes verstößt (L 5 pr. C 1, 14). Der berühmte französische Zivielrechtler Hugo Donellus (1527 bis 1591) lehrte: „Gesetz ist nicht, was geschrieben ist, sondern, was der Gesetzgeber gewollt hat, und nur aus diesem Grunde binden uns die Gesetze: nicht wegen der Worte, sondern weil der Urheber es so gedacht und gefühlt hat“. (Comment. de iure civili I cap. XIII, 2).

Jhering, der zunächst selbst ein „Fanatiker der logischen Methode“ gewesen war (vgl. oben S. 45), in seinen späteren Schriften mit aller Entschiedenheit bekämpft. Er vertritt den Standpunkt, daß der Inhalt des Rechts nicht allein durch den Willen des Gesetzgebers bestimmt sei, daß er vielmehr aus den wirtschaftlichen Zwecken des Gesetzes abgeleitet werden müsse. Das Recht wird — wie er ausführt — nicht allein durch den Teil des Rechtsgedankens, der dem Gesetzgeber zum Bewußtsein gekommen ist, gebildet. Der Rechtsgedanke tritt immer zunächst nur in einer bestimmten, beschränkten Fassung auf, denn auch bei dem Gesetzgeber ist das Gefühl für das Richtige häufig vor der vollständigen Erkenntnis des ihm zugrunde liegenden Prinzips vorhanden. Eine zu enge Fassung des eigentlichen Rechtsgedankens hat häufig nur darin seinen Grund, daß nur dieser Teil damals beachtet werden konnte *). Aber darum ist diese äußere Fassung noch nicht mit dem vollständigen Inhalt des Gesetzes gleichbedeutend. Die einzelnen Rechtseinrichtungen haben vielmehr ein selbständiges Dasein gleich lebenden Wesen, sie entstehen und vergehen, sie wirken und bekämpfen sich, sie haben ihre Aufgaben und Zwecke, denen sie dienstbar sind und dementsprechend ihre eigentümlichen Kräfte und Eigenschaften. Aus den lebenden Prinzipien des Gesetzes sind neue Rechtssätze abzuleiten; Diese vollständige Ausgestaltung des Rechts ist die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung **). Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzes, allgemeine Begriffe und allgemeine Lehrsätze aufzustellen. Die knappe, praktische Kürze ist das Ideal der Gesetzesfassung. Die Ausfüllung der dadurch vorgezeichneten Linien kann nur durch eine selbständige Geistestätigkeit erfolgen. Denn die wörtliche Gedankenübermittlung stellt — ebenso wie diejenige durch Zeichen — nur eine Aufforderung dar, den Gedanken selbständig nachzubilden. Die grammatische Auslegung verkennt diesen geistigen, befehlenden Inhalt der Worte. Sie sieht das Wort selbst als den Gedanken an. Das Wort ist jedoch nur erstarrtes Denken, nur „die Totenmaske des Gedankens“.***)

Der lebende bleibende Inhalt des lebenden Gedankens aber liegt in den Zwecken des Gesetzes. „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“. Die Allgewalt des Zweckes zeigt sich — wie Jhering eingehendst untersucht — sogar in den unbedeutendsten Gestaltungen der gesellschaftlichen Ordnung, in den Umgangsformen, Gebräuchen, in der

---

*) Geist des röm. Rechts, §§ 39—41, S. 334 ff.

**) Geist des röm. Rechts, § 40, S. 357 ff.

***) Geist des römischen Rechts, § 44, S. 441 ff.; Zweck im Recht, I, S. 67 ff.

Mode usw. Ebenso ist im Recht das (nicht nur für den Einzelnen, sondern auch für die Gesamtheit) zweckhaft Nützliche maßgebend. Die Lebensbedingungen der Gesellschaft, der Plan des Ganzen, die rechte Verteilung des Schwergewichts und die dadurch zu erzielende Festigkeit der sozialen Ordnung bilden die Grundlagen des Rechts. Die Rechtsordnung hat sich daher dem kulturellen Zustande des Volkes und den Bedürfnissen der Wirtschaft anzupassen. Es gibt kein begrifflich zu konstruierendes Universalrecht für alle Völker und Zeiten. Denn es handelt sich hierbei nicht um das Erkennen von ewigen, unveränderlichen Wahrheiten, sondern um die Verwirklichung von stets neuen praktischen Aufgaben und Zwecken *).

Ihering macht der damaligen Rechtswissenschaft den Vorwurf, daß sie an Stelle der wirklichen Bestrebungen und Kräfte die Dialektik des Begriffes setze, daß sie mit logischen Konstruktionen arbeite, statt nach der praktischen Berechtigung zu fragen, daß der Kultus des Logischen das Recht zu einer höheren Mathematik heraufschrauben wolle. **)

Demgegenüber verlangt er, daß bei der Auslegung und Anwendung des Rechts die praktische Angemessenheit des Ergebnisses entscheidend sein müsse. Ueber dem Formalen der juristischen Logik stehe als Höheres und Höchstes die Verwirklichung tatsächlicher Gerechtigkeit. Das fortschreitende Rechtsleben könne daher niemals auf eine zweckgemäße Ausgestaltung und Fortbildung des Rechts, die nur die

---

*) Zweck im Recht, insbes. I, S. 1 ff., 288, 339. Der Kampf ums Recht, S. 4 ff.

**) In seinem satirischen Phantasiebild „Im juristischen Begriffshimmel" (Scherz und Ernst, S. 338) läßt er die Begriffsjurisprudenz sich folgendermaßen vorstellen und kennzeichnen: „Die Begriffe, die du hier siehst, s i n d — und damit i s t Alles gesagt —, sie sind absolute Wahrheiten —. Sie sind von jeher gewesen — sie werden ewig sein. Nach ihrem Wesen und Warum zu fragen, ist um nichts besser, als zu fragen: Warum zwei mal zwei vier sei! Es i s t vier. Mit diesem Ist ist Alles gesagt. Einen Grund dafür gibt es nicht. Ebenso verhält es sich mit den Begriffen; sie ruhen als absolute Wahrheiten in sich selbst. Aber einen Grund für sie gibt es nicht. Das Einzige, was dem denkenden Geist ihnen gegenüber obliegt, ist, sich mit voller rückhaltloser Hingebung in sie zu vertiefen, und die Fülle des Inhalts, der in ihnen verschlossen liegt, für die Erkenntnis zu Tage zu fördern. Was er auf diese Weise zu Tage schafft, ist Wahrheit und hat wie jede Wahrheit Anspruch auf absolute Geltung".

Furcht eines langsamen Reifens der Anschauungen sei, verzichten.

Den Lehren Iherings ist für das Gebiet des Rechts die gleiche Bedeutung zuzuerkennen, die den Schriften Kants für die Allgemeinwissenschaft zukommt.

Kant hatte einerseits als Grundlage und Grenze aller menschlichen Erkenntnis die an Raum und Zeit gebundene Erfahrung festgestellt und dadurch nachgewiesen, daß darüber hinaus auch durch begriffliche Konstruktionskünste keine Erkenntnisse ermöglicht und keine Daseinsbeweise erbracht werden könnten. (Kritik der reinen Vernunft). Er hatte aber andererseits in der Kritik der praktischen Vernunft dargelegt, daß es neben und über dem Wissen (Erkennen des Seienden) eine Ordnung des Wollens gebe und geben müsse, nämlich Grundsätze für das Handeln, „kategorische Imperative", Richtlinien für die praktische Vernunft, zu deren Gebiet auch das Recht gehört.

Es ist das Verdienst Iherings, wieder darauf hingewiesen zu haben, daß die Rechtsnormen diesem Gebiet der praktischen Vernunft angehören, daß sie unmittelbar aus dem Leben entnommen und für das Leben bestimmt sind und daher durch die Entwicklung des Lebens umgrenzt werden, daß sie als Sollensnormen zu behandeln sind, durch die ein freies, verantwortliches Handeln vorgeschrieben wird und nicht als tote mathematische Formeln, die ewig-gleiche Seinswahrheiten aussprechen.

In Anlehnung an Kant und Ihering bezeichnet auch Stammler (Lehrb. der Rechtsphil. §§ 2, 79—83, 91—95) das Recht als eine Zweckordnung, die im Sinne der Idee des richtigen Rechts aufzubauen sei. Bei der Gesetzesauslegung und Analogie, bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken usw. sei daher das Recht stets in der Richtung der grundsätzlichen Richtigkeit zu ergänzen, die sich aus dem sozialen Ideal, aus dem stets gleichbleibenden Blickpunkt unparteiischer Gerechtigkeit ergebe. Der Begriff des Rechts verbiete ein willkürliches Abweichen von dem unverletzlichen Rechtsgedanken. Dem Wesen der Gemeinschaft widerspreche es, wenn in einem Vertragsverhältnis der einen Partei nur Nachteile, der andern nur Vorteile zuerkannt würden. *)

---

* In der Feststellung, daß neben dem allgemeinen Begriff des Rechts die Idee des richtigen Rechts bestehe, daß neben dem Erkennen der reinen Vernunft Gebote der praktischen Vernunft, d. h. eine Zweckordnung für das Wollen und Handeln bestehen müsse, liegt die Hauptbedeutung der vorgenannten Schriften. Bei dem Ausbau dieses Reiches der praktischen Vernunft erweist sich aber Stammler wieder als reiner „Wissenschaftler"; es zeigt sich, daß das Wissen und das Wollen zwei

Die praktische Rechtsauffassung Iherings ist in der Folgezeit von den bedeutendsten Juristen, wie Kohler, Danz, von Bülow, Rümelein, Oertmann, Zitelmann u. a. mit Entschiedenheit vertreten worden.

Kohler (Ueber die Interpretation von Gesetzen, Grünh. Zeitschrift 86, Bd. 13, S. 1 ff.) weist darauf hin, daß der Rechtsgedanke, auch wenn er in den Gesetzesworten nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sei, ein soziales Zweckbestreben verkörpere, d. h. ein Rechtsprinzip, aus dem entsprechend den jeweiligen sozialen Bedürfnissen weitere Einzelnormen abzuleiten seien. Nur durch diese Anpassung könne sich das Recht fortentwickeln und lebendig erhalten:

„Welcher Irrtum, anzunehmen, daß nur die von dem Verfasser des Gesetzes gewollten Folgen eintreten! Das Rechtsleben bietet täglich Gelegenheit, neue Prinzipien aus den Worten des Gesetzes herauszuschälen, und wer meinen wollte, am Tage der Gesetzesverkündung das Gesetz mit allen seinen juristischen Ergebnissen zu kennen, der würde sich einer großen Täuschung hingeben". (S. 4).

---

selbständige, grundverschiedene Welten darstellen. Es hätte ein System der Ziele und Bestrebungen der sozialen Gemeinschaft, eine Wertordnung der Befugnisse der Gesamtheit und der Einzelpersönlichkeit geschaffen werden müssen, eine Zweckordnung, wie Ihering sie für das Gebiet der Sitte so eingehend beschrieben hatte, daß darüber die weiter beabsichtigten Zweckordnungen der Moral und des Rechts ungeschrieben blieben. Es hätte also jeder Satz eine Wertsetzung, einen Rechtsbefehl enthalten müssen. Statt dessen aber begnügt sich Stammler mit einer Art wissenschaftlicher Begriffsbestimmung des richtigen Rechts. Er gibt in seinem ganzen System nur eine einzige allgemeine Wertungsrichtlinie, nämlich die „gleichbleibende Methode des Richtens nach dem sozialen Ideal", die ein Wählen im Sinne des Richtigen ermöglicht, aber selbst nicht rechtsschöpferisch sein soll. Jene Methode — eine Wiedergabe des kategorischen Imperativs aus dem allgemein-philosophischen System Kant's: „Handle so, daß deine Grundsätze allgemeines Gesetz sein könnten"! — stellt aber noch keine Grundlehre der Rechtswissenschaft dar. Jener Satz lehnt den Vorteil des Einzelnen als Maßstab des Rechtes ab; diese — berechtigte — Verneinung macht aber den positiven Aufbau der Wert- und Zweckordnung nicht überflüssig. Weitere Wertungsgrundsätze aber enthält das ganze System Stammlers nicht. Seine Unterscheidungen (Rechtssubjekt — Rechtsgrund — Rechtshoheit — Rechtmäßigkeit) und die weiter daraus abgeleiteten Begriffe mögen zur Einteilung des Wissens vom Recht geeignet sein, sie

„Die Aufgabe der Auslegung ist es nicht, das vom Verfasser des Gesetzes Gedachte wieder zu denken: ihre Aufgabe ist es, das Gesetz in der Weise durchzuarbeiten, daß die in ihm enthaltenen Prinzipien zu Tage treten, sodaß sich die gesetzliche Bestimmung in ihrem richtigen juristischen Charakter enthüllt, daß sie sich als der Ausläufer eines Prinzipes erweist, mit derjenigen Qualifikation und Funktionsstellung, welche ihr nach Maßgabe dieses Prinzipes zukommt. Das Gesetz spricht die Prinzipien nicht aus, es deutet auf die Prinzipien nur hin... Das eben ist die Aufgabe der Auslegung, von dem Umkreis der Erscheinungen aus in den geistigen Gehalt derselben einzudringen: ihre Aufgabe ist es, diejenigen Rechtssätze klarzulegen, welche in ihrer juristischen Wirksamkeit zu dem von dem Gesetz vorgezeichneten praktischen Ziele führen; sie hat die Prinzipien zu enthüllen, welche, im Hintergrunde der Erscheinung ruhend, den praktischen Rechtserfolg bedingen". (S. 15 ff.).

„Das Gesetzeswort ist nicht das tote Wort, sondern der Träger von etwas Geistigem. Es ist die Verkörperung eines bestimmten gei-

---

mögen zur begrifflichen Etikettierung der Rechtseinrichtungen, zur Aufstellung von Statistiken über die verschiedenen Rechtsverhältnisse (vgl. §§ 59, 60) nützlich sein, — eine Wertordnung des Rechtes geben sie nicht ab und wollen sie auch gar nicht abgeben.

Mit Recht aber betont Scheler (Formalismus in der Ethik und die materielle Werthethik, Zeitschrift für öff. Recht, 1927, S. 246 ff.), daß die erkenntnis-kritischen Einteilungen, von denen die Rechtsphilosophie der letzten Jahrzehnte seit Stammler beherrscht ist, nur eine sehr begrenzte Bedeutung für das Recht haben. Er führt zutreffend aus, die Rechtsordnung sei auf „Gerechtigkeitswerte" aufgebaut. Das Gesetz sei nur eine Technik zur Verwirklichung der Rechtsordnung, die mit Rücksicht auf die geschichtliche Veränderlichkeit der Wertträger und der Wertanschauungen auch selbst veränderlich sei.

Vergl. dazu Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee; Rümelin, Die Gerechtigkeit; Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft; Cathrein, Recht, Naturrecht, positives Recht; Tatarin-Tarnheyden, Rechtspositivismus und modernes Naturrecht in ihrer methodologischen Berechtigung, Zeitschr. f. öff. Recht, 1927, S. 22 ff.; Dobretsberger, Begriffsbestimmung des Rechts in der phänomenologischen Rechtsphilosophie, Ztschr. f. öff. Recht 1927, S. 246 ff.; Sander, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein; Kuberka, Das Sittliche als Wert und Norm; Troeltsch, Hist. Zeitschr. 1920, S. 377 ff.).

stigen Zweckbestrebens. Je klarer das Gesetzeswort ist, umso prägnanter, drastischer und lebendiger drückt es das Zweckbestreben des Gesetzes aus. Niemals aber wird der Ausdruck eine so vollkommene Entwicklung des Geistigen enthalten, daß sich nicht Zweifel und Fragen einstellen werden... Es beruht dies auf der Relativität der Ausdrucksmittel, also hier der Begriffe und Worte. Das Zweckbestreben des Gesetzes kann daher nicht vollkommen aus den Worten erkannt werden. Es muß erkannt werden aus der negativen und positiven Bestimmung des Gesetzes, einem sozialen Bedürfnisse abzuhelfen durch Schaffung einer neuen rechtlichen Regelung der Lebensverhältnisse". (S. 34,35).

„Auch der undeutlichste und uneigentlichste (unangemessenste) Ausdruck reicht noch hin, dieses Zweckbestreben des Gesetzes zum Ausdrucke zu bringen. Mag der Ausdruck unvollkommen sein durch quantitatives Mehr oder Weniger oder mag er es sein durch qualitative Eigenart: in jedem Falle ist ein unvollkommener gesetzlicher Ausdruck vorhanden, und dieser muß genügen, weil der gesetzliche Ausdruck ebenso wenig vollkommen sein kann, wie alles Menschliche und alles Irdische, und weil eine Manifestation mit bestimmtem Zweckbestreben eben doch eine Manifestation ist, mag sie auch inkongruent sein und der nötigen Schärfe entbehren". (S. 43,44).

„Daher ist es nicht ein Mißbrauch, sondern vielmehr ein bestimmungsgemäßer Gebrauch der richterlichen Gewalt, wenn die Gerichte innerhalb des Gesetzeswortes durch veränderte Auslegung dem Rechtsfortschritte folgen". (S. 61).

Daß die mit Gesetzeskraft ausgestatteten Begriffe nicht tote Worte sind, die mechanisch angewandt und durch rein logische Konstruktionen ausgelegt werden können, daß sie vielmehr eine lebende Kraft darstellen, deren Wirkungsfeld durch verantwortungsvolle Werturteile und Willensentschließungen umgrenzt werden muß, weist Rümelin (Freiburger Rektoratsrede 1891) in folgender Weise nach: Die wichtigste Auslegungsregel ist die, daß von einem vernünftigen, normalen Willen des Gesetzgebers auszugehen ist. Es ist der beste Wille zu suchen, der sich mit den Worten des Gesetzgebers verbinden läßt. Damit ist schon gesagt, daß die Gesetzesauslegung nur mit Hilfe von Werturteilen vorgenommen werden kann. Aber auch die Gesetzesanalogie beruht auf Werturteilen. Denn von der einzelnen Gesetzesbestimmung eröffnen sich zwei Wege in entgegengesetzter Richtung, nämlich die Analogie und das argumentum e contrario. Die Gesetzesbestimmung kann also auf einen ähnlich gelagerten Fall entsprechend angewandt werden oder es kann aus ihr durch Umkehrschluß gefolgert werden, daß für

alle anderen Fälle die entgegengesetzte Regelung gelten soll. Ob der eine oder andere Weg einzuschlagen ist, kann nur durch eine wertende Beurteilung des Gesetzeszweckes und des tatsächlichen Ergebnisses entschieden werden.

Oertmann (Gesetzeszwang und Richterfreiheit) führt aus:

Die richterliche Entscheidung müsse auf Werturteilen beruhen, und dieses Werturteil sei jedesmal eine besondere Schaffenstat. Der Begriff der Waffe werde sich beispielsweise niemals durch logische Konstruktion in zwingender Weise umgrenzen lassen, denn dieser Begriff sei ja selbst aus der Zweckbetrachtung entnommen; daher lasse sich das, was darunter fällt, ohne zweckhafte Erwägungen, d. h. ohne Werturteile, nicht bestimmen.

In gleichem Sinne äußern sich u. a.: Ehrlich (Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, S. 34), Brütt (Die Kunst der Rechtsanwendung), Jung (Von der „logischen Geschlossenheit“ des Rechts, S. 155), Hölder (ArchZivPrax., Bd. 73, S. 16), Gmür (Anwendung des Rechts, S. 44 ff.), Kipp zu Windscheid (§ 21, Anm. 4 b).

In den Auslegungsgrundsätzen der Motive des BGB. kommt einerseits die damals noch herrschende logisch-systematische Auslegungstheorie zum Ausdruck, die den jeweiligen Gesetzesinhalt „aus dem Ganzen der Rechtsordnung mit logischer Konsequenz“ bestimmen will. Es wird aber andererseits auch auf die notwendige Unvollständigkeit des Gesetzes und die Bedeutung des praktischen Ergebnisses hingewiesen. In den Motiven I, S. 16 ff. wird erklärt:

„Kein Gesetz kann in dem Sinne vollständig sein, daß es für jedes denkbare, in den Rahmen des von ihm behandelten Rechtsstoffes fallende Verhältnis eine unmittelbar anwendbare Vorschrift an die Hand gibt. Der Versuch, eine Vollständigkeit dieser Art zu erstreben, wäre verkehrtes Beginnen. Das Bürgerliche Gesetzbuch muß im Bedürfnisfall aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssystem ergänzt werden. Es enthält nicht eine tote Masse nebeneinander gestellter Rechtssätze, sondern ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen. Die ihm zugrunde liegenden Prinzipien tragen den Keim weiteren Ausbaus in sich....

Bilden sich im Laufe der Zeit neue Verhältnisse oder ändern sich im Flusse des Lebens bestehende Verhältnisse dergestalt, daß die Voraussetzung hinwegfällt, unter welcher eine im Gesetz ausgesprochene Norm auf sie anwendbar war, so ist die Entscheidung durch Rechtsanalogie, d. h. aus dem Geiste des gesamten als ein Ganzes aufgefaßten Rechtes abzuleiten. Die tatsächliche Natur des betreffenden

Verhältnisses muß ergründet und letzteres derjenigen Norm unterstellt werden, welche sich aus den allgemeinen, dem positiven Recht zugrunde liegenden Prinzipien und der in ihrer Eigenart erkannten tatsächlichen Gestaltung mit logischer Konsequenz ergibt".

Es ist ein großer Vorzug des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß es den Rechtsstoff, zu dessen Gestaltung das Preußische Allgemeine Landrecht noch etwa 20 000 Paragraphen gebraucht hatte, in rd. 2000 Paragraphen zusammenfaßt. Es erreicht diese Kürze durch die allgemeine Fassung der Bestimmungen. Man vergleiche § 164 Abs. 2: „Tritt der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht." Dieser Rechtssatz besteht aus vier Unwirklichkeiten: „In fremdem Namen", „nicht erkennbar", „Mangel des Willens", „kommt nicht in Betracht". Die Anwendung und Verwirklichung einer derartigen abstrakten Vorschrift verlangt natürlich eine andere geistige Tätigkeit als die Handhabung eines auf den Einzelfall abgestellten Gesetzbuches, in dem die Rechtsfolge jeweils unmittelbar ausgesprochen ist (vgl. oben S. 58 Anm. 2). Die verallgemeinernde Fassung der Gesetze erfordert als Ausgleich eine umso lebendigere Anschauung und schöpferische Rechtsgestaltung des Richters, wenn nicht auch das angewandte geltende Recht zu einem dürren Gerüst allgemeiner Sätze erstarren soll. Mit Recht betont daher v. Bülow (Gesetz und Richteramt, S. 45): „Das Gesetz vermag noch nicht unmittelbar Recht zu schaffen. Es ist nur eine Vorbereitung, ein Versuch zur Erwirkung einer rechtlichen Ordnung. Der Gesetzgeber denkt den Gesetzesgedanken noch nicht fertig. Erst die rechtsbeteiligten Personen, und wenn diese nicht einmütig werden, erst der Richter denken ihn zu Ende. Im Gesetz kommt der das Recht ordnende Wille der Staatsgewalt noch nicht zum Abschluß, vollendet tritt er erst in den richterlichen Rechtssprüchen hervor. Nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schaffen dem Volke sein Recht".

Sehr gut erklärt ferner Mügel in seinem neuen Aufwertungskommentar (§ 10, I, S. 156): „Es liegt in der Natur der Sache, daß die Gerichte nicht von vornherein eine durchgreifende Regel aufstellen und von dieser die Entscheidung der einzelnen Fälle ableiten, sondern daß sie von Fall zu Fall praktische Lösungen suchen, aus denen dann nach und nach ein neues Rechtsprinzip erwächst. Man sollte die Frage nicht aufwerfen, ob es sich hierbei um Rechtsschöpfung oder Rechtsanwendung handelt. Denn jedes Urteil, welches aus den geltenden Vorschriften neue Grundsätze herausarbeitet, ist

Rechtsschöpfung, und andererseits ist jede Aufstellung neuer Rechtssätze durch die Gerichte Rechtsanwendung, da sie nur eine Weiterentwicklung gesetzlich festgelegter Rechtsgrundsätze darstellt." *)

Die Wissenschaft hat, wie dieser kurze Ueberblick zeigt, die Wirkungsgrenzen der Gesetzesbegriffe vorgezeichnet. Aber die Rechtsprechung hat sich noch nicht allgemein daran gewöhnt, die ihr zugesprochenen weitergehenden Befugnisse tatsächlich auszuüben. Es ist zwar den Entscheidungen in etwa an ihrer Gedankenführung und -fassung anzumerken, aus welcher Zeit sie ungefähr stammen, da in den neueren Entscheidungen die Begriffe nicht mehr die alleinige letzte Rechtsquelle sind; ein weitherbeigezogener Begriff wiegt nicht mehr schwerer als eine einfache, vernünftige, rechtsschöpferische Ueberlegung. Aber man traut dieser neuen eigenen Freiheit doch noch nicht recht. Auch bei vollständiger Billigung des Inhalts pflegt betont zu werden, daß die Entscheidung „zwar auf freier Rechtsfindung, aber auf wohlbegründeten Erwägungen beruhe" (vgl. oben S. 15). Gegenüber

*) Diese lebendigere, von dem Buchstaben unabhängigere Auffassung zeigt sich auch in der neueren Beurteilung der Einzelwillenserklärungen, insbesondere in der Lehre Krückmanns von der clausula rebus sic stantibus und von der Voraussetzung als virtuellem Vorbehalt. Danach ist die einzelne Willenserklärung nur in Verbindung mit allen Begleitumständen als Mittel einer Zweckerreichung zu werten. All die zahlreichen Umstände, an die keine der Parteien bewußt gedacht hat, die — häufig als selbstverständlich — vorausgesetzt wurden, sind — als virtueller Inhalt der Erklärung — zu beachten, indem man die Willenserklärung bewußt (nach den Maßstäben einer typischen, normalen Partei) ergänzt, indem man berücksichtigt, daß die Partei das Erklärte nicht gewollt hätte, wenn sie alles gewußt hätte, was beide Parteien tatsächlich nicht bedacht haben. „Verfehlung des Parteizweckes, Geschäftszweckes, Anerkennung der Voraussetzung als Geschäftsinhalt, alle diese und ähnliche Formeln besagen immer nur: ob nach aller Kausalität anzunehmen ist, daß der Erklärende seine Erklärung abgegeben haben würde, wenn er alles gewußt hätte . . . Wenn es unleugbar ist, daß das Virtuelle notwendig der Erklärung immanent ist, so kann doch die Gegenpartei es nur ablehnen, wenn es ihr bewußt wird. Gibt sie sich von dem Virtuellen keine Rechenschaft, dann ist es eben nicht abgelehnt, ja es bedarf nicht einmal einer besonderen Annahme ... Jeder in der Erklärung des A enthaltene virtuelle Vorbehalt ist ohne weiteres von der Gegenpartei „angenommen", damit im Sinne der herrschenden Meinung Ge-

diesem Zwar-Aber muß mit Entschiedenheit betont werden, daß die wohlbegründeten Erwägungen freier Rechtsfindung nicht eine Ausnahme darstellen, sondern das Wesen des Rechts ausmachen. Die zweckhaft-wertende Auffassungsweise ist das eigentliche Kennzeichen, durch das sich juristisches Urteilen (über das Sollen) von mathematischem Formel- und Zahlendenken (über das Sein) und von philologischer Wortauslegung unterscheidet. Das Recht baut sich aus solchen zweckhaften Erwägungen auf. In der rechtlichen Gedankenführung muß jedes „Ist", das man aus sprachlicher Bequemlichkeit gebrauchen mag, bedeuten: „ist berechtigt, soll und muß so sein". In dem lebenden Organismus des Rechts hat jeder Begriff nur durch seine praktische Aufgabe, nur durch sein Warum und Wozu Kraft und Geltung. Das mit Zwangsgewalt ausgestattete Gesetz ist als Bestandteil der Dynamik menschlichen Wollens, als Verkörperung der sozialen Bestrebungen und Spannungen selbst ein Energiezentrum, dessen Kraftfeld jeweils durch die Entwicklung des Rechtsgedankens und der tat-

---

schäftsinhalt geworden, wenn die Gegenpartei ihn nicht vertragsmäßig ausgeschaltet hat oder wenn ihn nicht das Gesetz als unbeachtlich ausschaltet". Krückmann, ArchZivPrax. Bd. 131, S. 62). Inwieweit diese in der Sachlage gegebenen, aber beiderseits nicht bedachten Umstände der einen oder der anderen Partei zur Last fallen müssen, ist aus der Art der Rechtsbeziehungen in der Weise zu bestimmen, daß grundsätzlich jeder für sein Rechtsgebiet auch die Gefahr tragen muß (casum sentit dominus). Es soll also nicht der Buchstabe der Willenserklärung entscheidend sein, es wird der Partei auch nicht ein „eigentlicher Wille" (Windscheid) untergeschoben, den sie bewußt gar nicht gehabt hat und vielleicht gar nicht haben konnte. Es wird vielmehr die Summe der nicht bedachten Tatsachen mittels einer rechtlichen Wertung und Würdigung auf die Beteiligten verteilt, wie dies dem Wesen und der Bedeutung des Rechts als einer Sollensordnung entspricht. Der Partei ist in diesen Fällen (zwar nicht die Anfechtung wegen Willensmangels, aber) ein obligatorischer Rückforderungsanspruch wegen Zweckverfehlung nach § 812 BGB. zuzubilligen (Krückmann, Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, in ArchZP. 131, S. 1 f., 128, S. 157 ff.; 116, S. 157 ff.; insbes. S. 442). Die Gesetzesbestimmungen sind in noch stärkerem Maße nach sachlichen allgemeinen Gesichtspunkten zu bewerten. Denn dem Einzelnen steht es immerhin frei, über sein Vermögen nach seinem Belieben zu verfügen. Das Gesetz aber darf überhaupt keine willkürlichen, sondern nur allgemeingültige Bestimmungen aufstellen (vgl. unten S. 67 ff.).

sächlichen Verhältnisse umgrenzt wird. Sein Inhalt ergibt sich daher nicht mit „logischer Notwendigkeit" und maschinenmäßiger, naturgesetzlicher Selbstverständlichkeit aus seinen Worten, die nur die zeitbedingte, äußere Ausdrucksform des Rechtsgedankens darstellen. Der Gesetzesbefehl wendet sich vielmehr an die freie, urteilsfähige und urteilspflichtige Instanz des menschlichen Willens mit der Aufforderung, den in den Gesetzesworten angedeuteten Rechtsgedanken selbständig nachzubilden und ihn in einer nicht nur logisch konstruierbaren, sondern auch moralisch zu verantwortenden Weise zu verwirklichen. Jede Auslegung und Anwendung der Gesetzesbegriffe erfordert also nicht nur eine (logische) Denktätigkeit, sondern auch ein (moralisches) Werturteil, nicht nur eine aufnehmende Erkennens-, sondern auch eine schöpferische Willenstätigkeit.

Daß die neue Richtung übertrieben wurde und gelegentlich in den entgegengesetzten Fehler umschlug, das Recht allein auf das Ermessen des Richters zu stützen*), hat der Sache mehr geschadet als genützt. Wenn das subjektive Rechtsgefühl des Richters allein maßgebend wäre, so würde an die Stelle der Herrschaft des starren Gesetzeswortes die Unberechenbarkeit des einzelnen Richters gesetzt sein.

Die beständige und stetige Entwicklung der Rechtsordnung kann nur durch die Verbindung jener beiden polaren Erscheinungsformen des Rechts, durch die angemessene Vereinigung von gesetzlicher Gebundenheit und richterlicher Freiheit gewährleistet werden. Nur in der freien, sinn- und zweckgemäßen Anwendung und Ausgestaltung der als bindend anerkannten Gesetzesgedanken besteht das bleibende Recht, das „keine Zeit und keine Macht zerstückelt: Geprägte Form, die lebend sich entwickelt".

✶

*) vgl. Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, S. 14.

Die Auswirkung der praktischen Rechtsauffassung in der Rechtsprechung

In der deutschen Rechtsprechung, in der „solche Prinzipien, die durch soziale Erwägungen gefunden sind, in friedlicher Eintracht neben Erzeugnissen juristischer Konstruktion stehen, denen nicht nur die soziale Brauchbarkeit, sondern überhaupt jede reale Grundlage fehlt" (Stampe, J. W. 1907, S. 715, Rechtsfindung und Interessenabwägung), hat sich auch die praktische Rechtsauffassung in den verschiedensten Rechtsfragen durchgesetzt. Die Lehre von der positiven Vertragsverletzung, die sich nicht unmittelbar auf eine bestimmte Gesetzesvorschrift stützen läßt, ist z. B. den Lehren vom Verzug und von der Unmöglichkeit nachgebildet worden. Insofern wegen positiver Vertragsverletzung bei Lieferungsverträgen ein nur für die Zukunft wirkendes Rücktrittsrecht gewährt wird, läßt sich diese neue Rechtsentwicklung auch in der Weise erklären, daß der Gedanke der Kündbarkeit, der nur bei Dauerverträgen (Miet-, Dienst- oder Werkvertrag) vorkommen kann, auch auf die Dauerkaufverträge (Dauerlieferungsverträge) angewendet werde, obgleich er unter den gesetzlichen Kaufbestimmungen nicht erwähnt ist.

Die praktische Rechtsauffassung hat sich in besonderem Maße in dem Aufwertungsrecht durchgesetzt. Nachdem die begriffliche Rechtsauffassung in der „Mark gleich Mark-Theorie" ihre praktische Unbrauchbarkeit erwiesen hatte, bildete sich aus den beiden Worten Treu und Glauben eine umfangreiche neue Rechtsprechung und Gesetzgebung, die darin bestand, das tatsächliche Ergebnis den veränderten Währungs- und Wirtschaftsverhältnissen anzupassen. Diese praktische Umstellung erfolgte zuerst bei den Dauerverträgen über Lieferung von Gas, Wärme, Wasser usw., da die Unbilligkeit, eine vollwertige Leistung für eine vollständig entwertete Gegenleistung bewirken zu müssen, hier am frühesten in die Erscheinung trat. Sie wurde allgemein, d. h. auch für Geldrückzahlungsansprüche, erst i. J. 1923 durchgeführt. Die Umwertung des Entgelts wurde auf Grund der Lehre von der clausula rebus sic stantibus *) damit begründet, daß dem Gläubiger mit Rücksicht auf die vollständige Entwertung der Mark nicht zugemutet werden könne, die

---

*) Vgl. Krückmann, clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, in ArchZivPrax. 116, S. 157 ff.

Papiermark als vollwertige Vertragserfüllung entgegen zu nehmen. Die neue Rechtsentwicklung, die jetzt auch auf die zurückliegenden Rechtsgeschäfte angewendet wurde, beruht also einzig und allein darauf, daß die Rechtsnormen wieder als Sollensnormen verantwortlich gewertet und nicht mehr als Seinsnormen mechanisch angewendet werden, daß also das Recht nicht ohne weiteres in dem äußeren Gesetzeswortlaut gefunden, sondern als Ergebnis des Gesetzeszweckes und der tatsächlichen Wirtschaftsverhältnisse geschaffen wird.

So ist auch in dem oben durchgeführten Beispiel des § 10 AufwGes. nicht der Versuch zu machen, den Umfang der freien Aufwertung ohne weiteres aus der äußeren Form des Gesetzeswortlauts abzulesen, nicht die Durchschnittsbedeutung der Gesetzesworte ist entscheidend. Es ist vielmehr zu fragen: Welcher Rechtsgedanke kommt in den Worten der §§ 10, 63 AufwGes. zum Ausdruck (d. h. inwieweit ist der Wortlaut des Gesetzes zeitbedingte äußere Form und inwieweit ist er Ausdruck des bleibenden Rechtsgedankens) und wie muß sich dieser Rechtsgedanke bei der jetzigen Entwicklung der Verhältnisse und der allgemeinen Vorschriften von Treu und Glauben auswirken?

Als Antwort auf diese Art der Fragestellung ergibt sich: In den §§ 10, 63 AufwGes. ist der einfache, klare Rechtsgedanke niedergelegt, daß der Teilhaber oder Veräußerer erhalten gebliebener Sachwerte im Verhältnis der Werterhaltung, „nach den Grundsätzen der Aequivalenz“ abgefunden werden soll, (während die Aufwertung hingegebenen und auch beim Schuldner entwerteten Geldes, der Vermögensanlagen, zeitlich und prozentual beschränkt wurde). Jener klare und berechtigte Gedanke der freien Umwertung hat im § 10 AufwG. den seiner damaligen Entwicklung entsprechenden Ausdruck gefunden, indem die allgemeinen Vorschriften aufrecht erhalten und dabei die Besonderheit der Aufwertungshöhe betont wurde. Eine zeitliche Vorzugsstellung der freien Aufwertung war bei der damaligen Entwicklung dieses Gedankens gegenüber der allgemeinen Rückwirkungsvorschrift des § 15 noch nicht herausgebildet und konnte daher auch in den Gesetzesworten nicht in gleicher Weise hervorgehoben werden. Diese zeitbedingte äußere Wortfassung kann aber nicht verhindern, daß die weitere Entwicklung des inhaltlich klaren Gesetzesgedankens auch hier berücksichtigt werden muß. Die Auffassung, daß die Aufwertung der persönlichen Sachwertansprüche, wenn sie hypothekarisch gesichert sind, nur bezüglich der Höhe frei sein dürfe, bezüglich der Zeit aber begrenzt sein müsse, würde nicht nur ein willkürliches Zufallsergebnis darstelen, sie wäre geradezu ein Hohn und Spott auf jede vernünftige

Ueberlegung und verantwortliche Beurteilung. Sie widerspräche den Grundgedanken des Gesetzes, das grundsätzlich die dingliche und persönliche Aufwertung von einander unabhängig sein läßt und das grundsätzlich und mit Recht zwischen der starren Abwertung von Vermögensanlagen und der freien Umwertung der Sachwertansprüche unterscheidet. Eine derartige willkürliche Anwendung des Gesetzes würde gegen den verfassungsrechtlichen Schutz des Privateigentums verstoßen.

*

C. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz als Grenze der Gesetzesgeltung

Es erhebt sich hier die Frage:

Steht es dem Richter frei, das Gesetz nach dem Buchstaben oder nach dem Sinn und Zweck auszulegen und anzuwenden? Ist die Bindung der starren Gesetzesworte stärker als das verfassungsmäßig festgelegte Wesen des Rechts, das in seiner Allgemeingültigkeit besteht? Kann eine offensichtlich unbillige Entscheidung überhaupt mit dem Wortlaut eines Gesetzes gerechtfertigt werden?

Die lebende organische Natur des Rechts macht es unmöglich, das Recht durch „Gesetzesautomaten" *), d. h. durch mechanische Gesetzesanwendung zu verwirklichen (vgl. oben S. 17 ff.). Die rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters ist zur Erhaltung einer wirklichen Rechtsordnung unentbehrlich. Sie ist zugleich aber auch an die Schranken gebunden, die für alle Rechtssetzung durch das Wesen des Rechts gegeben sind. Daß eine Bestimmung „Recht" ist, besagt, daß sie nicht zufällig, nicht wahllos, nicht willkürlich aufgestellt ist, daß sie vielmehr über die tatsächlichen Verhältnisse *mit allgemeiner Geltung und nach allgemeinen Richtlinien und Gesichtspunkten* ihre Anordnungen trifft. Diese Allgemeingültigkeit ist die einzige Gewähr für die Rechtssicherheit und das eigentliche Merkmal, durch das sich die Normen des Rechts von den Launen eines Despoten und den Ergebnissen eines Lotteriespiels unterscheiden. Diesem Willkürverbot, das sich aus dem Wesen des Rechts und daher aus dem Inhalt jeder Rechtsordnung ergibt (vgl. z. B. §§ 74, 75, Einl.Pr.Allg.Landr.), unterliegt sowohl die Gesetzgebung wie die Rechtsprechung. Der Eigentumsschutz der Rechtsordnung, der zugunsten aller Vermögensrechte, auch der Urheberrechte, Forderungen usw. besteht, sichert das Vermögen des ein-

*) Staudinger, Bd. I, Einl.

zelnen nicht nur gegen die Eingriffe von Privatpersonen, sondern auch gegen willkürliche Maßnahmen der Staatsgewalt, also der Gesetzgebung und Verwaltung einschließlich der Rechtsprechung (vgl. Anschütz, R.-Verfassung, Art. 153, Nr. 6; M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, S. 23), und gerade in diesem Schutz des Einzelnen gegenüber einem Mißbrauch der Staatsgewalt, die dem Einzelnen übermächtig gegenübersteht, liegt der Ursprung und der wesentliche Inhalt aller Verfassungen.

Eben darin besteht das Wesen des Rechtsstaates im Gegensatz zu Zuständen willkürlicher Gewalt, daß die Staatsgewalt sich selbst an die Allgemeingültigkeit der Rechtsgedanken und Rechtsgrundsätze bindet und dadurch die bestehenden Rechte gegen willkürliche Maßnahmen schützt. Daß derartige Richtlinien des Rechtsschutzes überhaupt als unverletzlich anerkannt werden, ist das Kennzeichen des Rechtsstaates. Jene Richtlinien mögen in ihren Endzielen verschiedenartig sein. Die einzelne Rechtsordnung mag mehr zu freihändlerisch-individualistischen, ständischen, gesamtwirtschaftlichen (sozialistischen, kommunistischen) oder einzelherrschaftlichen (diktatorischen) Anschauungen neigen; diese verschiedenen Rechtsformen entsprechen nur den verschiedenen Baustilen einer Markthalle, eines Wohnhauses, eines Amtsgebäudes und einer Kaserne. Aber sie alle stellen noch ein Rechtsgebäude, eine Rechtsordnung dar. Unrecht bedeutet für alle diese verschiedenen Rechtsformen das willkürliche Abweichen von ihren Grund- und Richtlinien. Für die sachliche Beurteilung ist es dabei gleichgültig, auf welchen persönlichen Gründen diese Willkür beruht, ob auf bewußter Eigenwilligkeit oder auf einem Mangel an eigenem selbständigen Willen, d. h. auf übertriebener Gesetzesgläubigkeit; denn in beiden Fällen würde das Recht von Zufälligkeiten, von der Laune des Machthabers oder der Starrheit des Gesetzesbuchstabens abhängen. Das Recht wird aber weder durch das Gesetzeswort als solches noch durch den richterlichen Rechtsbefehl als solchen, sondern nur durch seine sachgemäße Allgemeingültigkeit verbürgt.

Eine willkürliche Rechtsanwendung kann daher mit einem Hinweis auf die starren Gesetzesworte nicht gerechtfertigt werden, da ja das Gesetz selbst nicht willkürlich Recht setzen kann. Der Ausschluß einzelner Rechte von der Entwicklung eines allgemeinen Rechtsgedankens ist gleichbedeutend mit der willkürlichen Vernichtung bestehender und Zuerkennung nicht bestehender Rechte. Derartige Rechtsbeugungen durch Unterlassung stehen der Rechtsbeugung durch Tat vollständig gleich; denn es besteht für die Rechtsprechung ebenso wie

für die Gesetzgebung die ständige Rechtspflicht zur Aufrechterhaltung eines ebenmäßigen, wirklichen Rechtszustandes. Auch die Auslegung des Gesetzes darf also keine willkürlichen Gegensätze und Widersprüche begründen. Die (notwendige und zulässige) Fortbildung und Ausgestaltung der Gesetzesgedanken darf bei der Wiederanerkennung der gleichen Art von Ansprüchen nicht zu Abgrenzungen gelangen, die man als willkürlich ansehen würde, wenn sie gleichzeitig unmittelbar durch das Gesetz aufgestellt worden wären. Wohl kann und muß der Inhalt des Eigentums und der sonstigen Rechte für das Rechtsleben geformt und umgrenzt werden. Aber diese Grenzziehungen dürfen nur die Auswirkung allgemeiner Richtlinien und Rechtsgedanken sein. Es ist dagegen nicht zulässig, eine wahllos bestimmte Gruppe einzelner Rechte willkürlich zu vernichten oder zu beeinträchtigen. Diese Eigenschaft einer willkürlichen Sonderregelung verliert eine Rechtssatzung auch nicht dadurch, daß sie mehrere Berechtigte betrifft und daß sie das Ausnahmerecht „unehrlich in dem Gewande eines allgemein sprechenden Textes zu verbergen sucht". *)

So wird in einem Erlaß des Reichsinnenministers vom 28. Juni 1919 (I A 9568) und in der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 103, S. 200 ausgesprochen, daß es dem Inhalt des Art. 153 der Reichsverfassung durchaus widersprechen würde, wenn etwa das Grundvermögen der fürstlichen Häuser ohne Entschädigung enteignet werden sollte. In der Entscheidung Bd. 109, S. 310, deren Tatbestand der hier vorliegenden Frage der Aufwertung der Sachwertansprüche vollständig entspricht, hat das Reichsgericht ferner ein Anhaltisches Gesetz, das die den Grundeigentümern von den Grubenbesitzern zu zahlenden Kohlenabbaurenten herabsetzte, für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Die Grundeigentümer hatten nach bisherigem Recht 6 Prozent des Wertes der geförderten Braunkohle erhalten. Sie sollten nach dem neuen Gesetz die 6 Prozent nur noch von dem entwerteten Friedenspreis der Kohlen erhalten, während die durch die Geldentwertung bewirkte „Steigerung der Kohlenpreise" zunächst den Grubenbesitzern zugute kommen und dort durch eine staatliche Steuer erfaßt werden sollte. Das Reichsgericht erkennt diese Rechtsentziehung nicht als rechtmäßig an, indem es darauf hinweist, daß die Kohlenabbaurente nicht ein freiwilliges Geschenk an die Grundeigentümer, sondern das berechtigte Entgelt für alte Rechte darstelle. Die allgemeine Fassung der Gesetzesbestimmung, die alle rentenberechtigten Grundeigentümer betraf, hob also den Ausnahme-

*) M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, S. 9.

charakter des willkürlichen Gesetzesinhalts nicht auf. Das Reichsgericht erklärt zu dieser Frage in grundlegender Weise: „Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht die Entziehung der Kohlenrenten als solche dem rechtlichen Gesichtspunkt der Enteignung im Sinne des Art. 153 RV. unterstellt. Dem steht nicht entgegen, daß die in Frage kommende Rechtsentziehung nicht durch einen (einzelnen) Verwaltungsakt, sondern durch ein Gesetz, durch die von diesem getroffene allgemeine (d. h. allgemein-gefaßte, generelle, d. Verf.) Regelung ohne Hinzutreten eines bestimmten Verwaltungsaktes, geschehen ist . . . Zu Unrecht macht die Revision ferner geltend, das Entziehen der Kohlenrente bewirke nicht die Ungültigkeit des Gesetzes, sondern begründe höchstens einen Entschädigungsanspruch des Enteigneten . . . Gesetze, die gegen zwingende Vorschriften der Reichsverfassung in Art. 153 Abs. 2 verstoßen, sind ungültig, entbehren der Rechtsverbindlichkeit . . Die durch das Gesetz verfügte Rechtsentziehung im ganzen fällt hin".

Die Schweizerische Rechtsprechung hat ebenfalls in ständiger Praxis den Grundsatz durchgeführt: „Die Gesetzgebung kann den Inhalt des Eigentums nur unter der einen Bedingung einschränken, daß sie in einer allgemeinen, für alle gleichen Weise vorgeht". (Entsch. d. Bundesgerichts 30, 337; 37, 516).

Krückmann (Enteignung und Einziehung, S. 9, 40 und Leipz. Z. 1922, S. 394) führt ferner zutreffend aus, die Enteignung eines einzelnen Gegenstandes könne nur wegen bestimmter besonderer Eigenschaften erfolgen, die ihn für einen im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck besonders geeignet erscheinen ließen.

Eine unberechtigte Rechtsentziehung ist also immer dann gegeben, wenn die Vernichtung des Rechtes nicht durch die besonderen Eigenschaften des Rechtsgegenstandes gerechtfertigt wird. Mag solch ein Gesetz auch eine größere Anzahl von Berechtigten betreffen und demgemäß in allgemeinen Ausdrücken (z. B. „die Rentenberechtigten") gehalten sein, es ist und bleibt wegen seines Inhalts doch ein willkürliches Ausnahmerecht. Die sachliche Allgemeingültigkeit, die das Wesen des Rechts ausmacht, wird nicht etwa schon durch eine verallgemeinernde Gesetzesfassung erreicht. Ein inhaltliches Unrecht wird nicht dadurch zu Recht, daß man es vervielfacht und auf einen größeren Kreis von Personen ausdehnt. Auch der verfassungsrechtliche Begriff der Willkür kann also, wie alle Rechts- und Sollensnormen, nur durch rechtliche Wertungen (nicht durch mechanische Wortformeln) umgrenzt werden. Diese Feststellung enthält keinen Angriff auf die Rechtssicherheit. Auf eine möglichst mechanische Anwendung möglichst

starrer Begriffe kann nur derjenige die Rechtsordnung gründen wollen, der ein System von Worten und Begriffen für die Grundlage der wirklichen Lebensordnung hält. Diese Auffassung würde den wahren Urgrund allen Rechtes: das Rechtsurteil, den Rechtswillen des Volkes, außer Acht lassen; sie würde das Wort zum Recht, d. h. das Ausdrucksmittel des Gedankens zum Inhalt des Gedankens erheben, und damit an die Stelle der geistigen Kraft des Rechtsbefehls die tote Form eines unabänderlichen Begriffs setzen. Damit wäre das eigentlich Schöpferische verneint und ausgeschaltet; denn die einzige Grundlage des Rechts besteht in jenen Wertungen, in den Werturteilen, den Rechtsüberzeugungen der verantwortlichen Persönlichkeit, ohne die alle Rechtsbegriffe zu leeren wertlosen Formeln herabsinken. Der Rechtsinhalt wird durch den verantwortlichen Willen der Rechtsetzenden bestimmt, und nicht etwa durch die äußerlichste Bedeutung der Gesetzesworte. Einem Rechtssatz ist daher nur insoweit bindende Kraft zuzuerkennen, als er von seinem gesetzmäßigen Urheber verantwortet wird und verantwortet werden kann. Die Entscheidung jeder Einzelfrage wird also durch die Gesetzesbestimmung nur insoweit festgelegt, als sie der Beurteilung des Gesetzgebers unterlegen hat. Falls ferner die Rechtsentwicklung zu offensichtlich unbilligen und widersinnigen Abgrenzungen geführt hat, wird der Richter aus der **verfassungsmäßigen Pflicht** zur Aufrechterhaltung **allgemein-gültiger Rechtsnormen** die Befugnis herleiten, einen neuen Ausgleich der geltenden Gesetzesgedanken herbeizuführen.

Bezüglich des § 10 AufwGes. steht fest, daß die Frage einer zeitlichen Sonderstellung der freien Aufwertung für den Gesetzgeber noch gar nicht bestand (vgl. oben S. 6 ff.) und daher auch durch die Gesetzesfassung nicht entschieden ist. Es muß ferner als ein offensichtlich willkürliches, den Gesetzesgedanken widersprechendes Ergebnis bezeichnet werden, wenn die nachträglich herausgebildete zeitliche Vorzugsstellung der freien Aufwertung auf die persönlichen Sachwertforderungen im § 10 nicht angewendet werden sollte. Es hätten im Anschluß an die Geldentwertung wohl allgemein die Sachwerte und die durch die Geldentwertung nicht unmittelbar betroffenen Anteilsrechte, wie Aktien usw. prozentual enteignet werden können (und es geschieht dies auch in gewisser Weise durch die allgemeine Besteuerung). Es ist aber nicht zulässig, einzelne Rechte oder eine wahllos bestimmte Gruppe von Rechten einer Ausnahmebehandlung zu unterwerfen, z. B.

die Wechselansprüche aller an einem Sonntag geborenen Kaufleute für nichtig zu erklären und durch eine Sondersteuer zu erfassen oder in § 10 AufwGes. den rechtlich anerkannten persönlichen Anteil an vorhandenen Sachwerten ausgerechnet dann zu vernichten, wenn er durch dingliche Belastung des Sachwertes noch in besonderer Weise gesichert und dadurch der Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung, auf dem die freie Aufwertung beruht, noch besonders betont war. (Vgl. KG. v. 5. Mai 1927, AW. 1244/26; Mügel, S. 265).

Eine solche Ausnahmebehandlung Einzelner, durch die das Vermögen des Einen willkürlich auf den Anderen übertragen wird, wäre als Enteignung nur unter den Voraussetzungen des Art. 153, Abs. 2 RV. zulässig. Sie kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und nur gegen angemessene Entschädigung vorgenommen werden. Bei der Umwertung der persönlichen Vertragsverpflichtungen der in den §§ 10, 63 bezeichneten Art handelt es sich aber sowohl im § 10 wie im § 63 nur um die rechtlichen Beziehungen zweier Vertragsparteien, die nach den allgemeinen Vorschriften von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände zu regeln sind, ohne daß an der Bevorzugung eines Vertragsteils ein öffentliches Interesse bestände. Die einseitige Begünstigung eines persönlichen Schuldners fördert das Wohl der Allgemeinheit in keiner Weise. Die dadurch bewirkte Vernichtung bestehender Vermögensrechte stellt vielmehr eine Verletzung der Eigentumsidee dar, die nicht nur ideell, sondern auch materiell auf den Staat zurückschlägt. Es hat sich auch für die Gesamtwirtschaft als schädlich erwiesen, wenn einzelne Inflationsgewinnler begünstigt und die bestehenden Eigentumsverhältnisse verändert wurden. Derartige Vermögensverschiebungen kommen volkswirtschaftlich einem Vermögensverlust gleich. Die zahlreichen blühenden Inflationsunternehmungen sind zum weitaus größten Teil eingegangen, sobald wieder geordnete Wirtschaftsverhältnisse eingetreten waren. Sie haben keinen volkswirtschaftlichen Nutzen hinterlassen, sondern nur bestehende Unternehmen zerstört. *) Dagegen hat die durch die Aufwertung bewirkte teilweise Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögensverhältnisse zu einer Hebung der inneren Kaufkraft und damit der Gesamtwirtschaft geführt. Die willkürliche Bevorzugung einzelner persönlicher Schuldner und die Enteignung einzelner Gläubiger dient also nicht zum Wohle

---

*) Die durch die Geldentwertung angeblich erzielten Gewinne des Deutschen Reiches, die in Wirklichkeit volkswirtschaftliche Verluste bedeuteten, bildeten eine wesentliche Grundlage der Berechnungen des Davesplans. Vgl. Mügel, S. 111.

der Allgemeinheit und kann daher auch nicht durch Art. 153, Abs. II RV. gerechtfertigt werden.

Eine starre zeitliche Abwertung der frei aufzuwertenden persönlichen Sachwertansprüche des § 10 widerspricht den Grundgedanken des Aufwertungsgesetzes, d. h. der selbständigen Behandlung der persönlichen und dinglichen Aufwertung und der grundsätzlichen Unterscheidung von frei aufzuwertenden Sachwertansprüchen und begrenzt aufzuwertenden Vermögensanlagen. Diese Grundsätze des Aufwertungsrechts gehen aus den Bestimmungen der §§ 10, 63, insbesondere auch aus der Verweisung des § 10, Abs. II auf § 63 und aus der Gesetzesbegründung unzweideutig hervor. (Vgl. oben S. 3 ff.). Eine von dieser klaren allgemeinen Zweckrichtung des Gesetzes in Einzelfällen (§ 10) abweichende Gesetzesanwendung wäre rechtswidrige Willkür, die auch mit einem Hinweis auf die Buchstaben des Gesetzes nicht gerechtfertigt werden kann, die mit dem Eigentumsschutz unser Rechtsordnung nicht zu vereinbaren und daher nichtig wäre.

Die offenbare Unbilligkeit der Auffassung, daß die freie Aufwertung der Sachwertansprüche im Falle der hypothekarischen Sicherung zeitlich beschränkt sei, hatte der 5. Senat des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 16. Juni 1926 (J.W. 1926, S. 2358) durch die Konstruktion zu überbrücken versucht, daß die Ansprüche infolge der Geldentwertung nur noch in Höhe ihres Papiermarkbetrages hypothekarisch gesichert gewesen und daher im übrigen und jedenfalls nach Löschung der Hypothek als ungesicherte Forderungen frei aufzuwerten seien, und er gelangte damit jedenfalls zu dem gerechten Ergebnis, die gleichen Ansprüche der §§ 10, 63 bez. ihrer Aufwertungsvoraussetzungen auch gleich zu behandeln. Diese (allerdings angreifbare) Konstruktion wurde in dem Urteil RGBd. 118, S. 345 aufgegeben, das zwar eine weniger kühne Konstruktion, aber auch ein umso unbilligeres Ergebnis zeigt, indem es an der Buchstabenbedeutung des Gesetzes stecken bleibt, während jene erste Entscheidung dem eigentlichen Gesetzeszweck viel näher gekommen war. Beide Entscheidungen übersehen den entscheidenden § 10 Abs. II und dessen Hinweis auf § 63. Beide, vor allem die letztere, weisen die grundsätzlich falsche Fragestellung auf, denn sie forschen nach der Auffassung des Gesetzgebers über eine Frage, über die der Gesetzgeber gar keine Auffassung haben konnte, weil die zu entscheidende Rechtsfrage: die zeitliche Sonderstellung der freien Aufwertung, damals noch gar nicht gestellt war und gar nicht gestellt sein konnte. Beide Entscheidungen getrauen sich nicht, das als ungerecht und widersinnig erkannte Begriffskonstruktionsergebnis durch einen verantwortlichen Rechtsspruch zu ersetzen.

Uebrigens ist in dem letzten Urteil die abweichende Ansicht nur als eine zweite Begründung (also nur als eine Art Rechtsgutachten, nicht als eigentliche Entscheidungsgrundlage) aufgestellt, sodaß eine wirkliche Entscheidung der Rechtsfrage nicht vorliegt und eine höchstrichterliche oder gesetzliche Klarstellung dringend nottut. Hierfür spricht sich auch Jur. Woch. 1928, S. 1369, Nr. 29 und das dort angeführte Schrifttum aus.

Nach einer amtlichen Statistik für die Jahre 1924—28 beträgt der Wert des ausländischen Grundbesitzes in Deutschland etwa 4 Milliarden Reichsmark mit einem jährlichen Mietzinsertrag von ca. 250 Millionen Reichsmark*). Ein mehrfach höherer Betrag von Sachwerten ist — mit gleichem volkswirtschaftlichen Schaden — in unredlichen inländischen Händen. Der ausländische Grundstückskäufer wird größtenteils vor dem 15. Juni 1922 mit einer geringfügigen Devisenzahlung die Restkaufschuld — natürlich in Papiermarkberechnung — abgetragen und sich so die 50—100fach wertvolleren Sachwerte lastenfrei angeeignet haben. Das Aufwertungsgesetz berücksichtigt ausdrücklich die Besonderheit der Sachwertforderungen, die Rechtsprechung bezeichnet derartige Verletzungen der vertraglichen Wertgleichheit in den rechtlich gleichliegenden Fällen als einen „aller Gerechtigkeit Hohn sprechenden, einfach nicht zu ertragenden Zustand". (RG. 100, S. 132). Trotzdem braucht der Käufer, der als Ausländer von einer deutschen Geldentwertung überhaupt nicht betroffen worden ist und in jedem Falle die Sachwerte bekommen und behalten hat, auch nicht einmal einen Teil der üblichen und von ihm übernommenen Belastung zu tragen, obgleich er sie auch nicht annähernd gleichwertig abgelöst hat — eine Begünstigung unredlicher Schuldner, gegen den Sinn und Zweck des Gesetzes und gegen jede vernünftige Ueberlegung, nur wegen der Macht der starren Buchstaben einer zufälligen, erklärlichen Gesetzesfassung.

*

---

*) Enquete-Ausschuß, Tagebuch, Nr. 11929 aus 29; Vierteljahrsheft zur Statistik des Deutschen Reiches 1929, Heft 1 u. 2, S. 126 ff., 216 ff.

Schriftenverzeichnis

*

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. 1928.
Behrend, Lex salica, 1897.
Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 1911.
Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915.
Boyer, La synthèse des lois francaises, 1907.
Bozi, Die Weltanschauung der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1911.
Bredt, Der Geist der Deutschen Reichsverfassung, 1924.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 1892.
Brunner-Heymann, Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 1919.
Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907.
von Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885.
Cathrein, Recht, Naturrecht, positives Recht, 1909.
Corpus iuris civilis, Bd. I, Institutiones und Digesta, herausg. v. Krüger u. Mommsen, 9. Aufl. 1902.
Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911.
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
Dobretsberger, Die Begriffsbestimmung des Rechts in der phänomenologischen Rechtsphilosophie, in Zeitschrift f. öff. Recht, 1927, S. 246 ff.
Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903.
Elster, Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 1928.
Elster, Die Seele des Geldes, 2. Aufl. 1922.
Esmarch, Römische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1888.
Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1925.
Feuerbach, Kritik des natürlichen Rechts, 1796.
Frank, Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht, 1891.

Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909.
Gaius, Institutiones, in der Collectio librorum iuris anteiustiniani, Bd. I, 1891, her. v. Krüger, Mommsen u. Studemund.
Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895, 1905.
Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht, 1883.
Gnaeus Flavius (Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906.
Grimm, Deutsches Wörterbuch.
Grotius, De iure belli ac pacis, 1625.
Haymann, Naturrecht und positives Recht, in Zeitschrift für Rechtsphilosophie, 1914, S. 233 ff.
Helfferich, Das Geld, 6. Aufl. 1923.
Herbart, Analytische Beleuchtung des Naturrechts und der Moral, 1836.
Hölder, Zur Lehre von der Auslegung, 1907.
Homeyer, Der Sachsenspiegel, 3. Aufl. 1861.
von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen.
von Ihering, Der Geist des römischen Rechts, 3. Aufl. 1875.
" " Der Kampf ums Recht, 21. Aufl. 1925.
" " Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 9. Aufl. 1904.
" " Der Zweck im Recht, 4. Aufl. 1905.
Jung, Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts. Festgabe für Dernburg, 1900.
Juristische Wochenschrift (JW.).
Kelsen, Die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911.
Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in Zeitschr. f. öff. Recht, 1928, S. 221.
Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848.
Koch, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten, 8. Aufl. 1884.

Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, im Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 25, S. 262 ff.

" Ueber die Interpretation von Gesetzen, in Grünhuts Zeitschr. f. Privat- u. öff. Recht, Bd. 13, S. 1 ff.

" Das älteste Lehrbuch der juristischen Auslegungs- und Methodenlehre, Jaiminis Mimansa-Regeln, in Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1911, Heft 2, S. 235 ff.

" Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1911.

Krückmann, Die clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, in ArchZivPrax. 116, S. 157 ff.; 131, S. 1 ff.

" Enteignung und Einziehung nach alter und neuer Reichsverfassung, 1925.

Kuberka, Das Sittliche als Norm und Wert, in Zeitschrift f. Rechtsphil. 1, S. 253 ff.

von Laßberg, Der Schwabenspiegel, 1840.

von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919.

Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, 1908.

Lutter, Patentrecht, 9. Aufl. 1928.

Monumenta Germaniae historica, herausgegeben von Schwalm, 1906.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1896.

Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl. 1928.

Müller-Erzbach, Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, in Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 53, S. 331 ff.

Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1908.

Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. 1928.

Radbruch, Rechtswissenschaft und Rechtsschöpfung in Arch. f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1906, S. 355 ff.

Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, 1891.
" Die Gerechtigkeit, 1920.
Sander, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein, in Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. Bd. 17, S. 1 ff.
von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1892.
" " System des römischen Rechts, 1840.
Scheler, Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, 1923.
Schröder-von Künesberg, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 1922.
Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 5. Aufl. 1917.
" Fränkisches und römisches Recht.
Sombart, Der moderne Kapitalismus, 5. Aufl. 1922.
Spengler, Der Untergang des Abendlandes, 60. Aufl. 1927.
Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922.
" Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.
Stampe, Rechtsfindung durch Interessenabwägung, DJZ. 1905, S. 714 ff.
von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1925.
Tatarin-Tarnheyden, Rechtspositivismus und modernes Naturrecht in ihrer methodologischen Berechtigung, in Zeitschr. f. öff. Recht, 1927, S. 22 ff.
Troeltsch, Der historische Entwicklungsbegriff in der modernen Geistes- und Lebensphilosophie, in Histor. Zeitschr. 1920, S. 377 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp, 9. Aufl. 1909.
Wolff, Chr., Jus naturae methodo scientifica, 1740—48.
Wolff, M., Reichsverfassung und Eigentum 1925.
Zitelmann, Lücken im Recht, 1903.

Lebenslauf

*

Ich bin am 5. Febr. 1901 als Sohn des Gutsbesitzers August Schmidt-Sodingen und seiner Ehefrau Bertha, geb. Behmer, zu Herne i. W. geboren, evangelisch und preußischer Staatsangehörigkeit. Am 5. Febr. 1920 erhielt ich das Reifezeugnis des Gymnasiums in Herne, besuchte dann als Student der Rechte drei Semester, vom Sommer-Sem. 1920 bis zum Ende des Sommer-Sem. 1921, die Universität Leipzig und weitere drei Semester, vom Wintersemester 1921/22 bis Ende des Wintersemesters 1922/23, die Westfälische Wilhelms-Universität zu Münster. Am 25. Juni 1923 habe ich vor dem Ober-Landesgericht in Hamm das Referendarexamen und am 2. November 1928 die große Staatsprüfung in Preußen bestanden und bin seit dem Jahre 1929 als Rechtsanwalt bei den Landgerichten in Berlin zugelassen. Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 17. Juli 1930 abgelegt.